

Tolking av derivatbestemmelsen i narkotikaforskriften

§ 2 annet ledd

- Tilfredstilles kravene til klar, forutsigbar og tilgjengelig straffehjemmel?**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 703

Leveringsfrist: 26.04.10

Til sammen 17024 ord

25.04.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens problemstilling	1
1.2	Rettskilder og metode	1
1.3	Kort om det strafferettslige legalitetsprinsipp	2
1.4	Hva faller utenom oppgaven	3
1.4.1	Derivatbestemmelsen sett i forhold til det formelle krav til straffehjemler	3
1.4.2	Forbud mot at derivatbestemmelsen får tilbakevirkende kraft	4
1.4.3	Narkotikaprekursorer omfattes ikke av derivatbestemmelsen	5
1.5	Fremstillingen videre	5
<u>2</u>	<u>UTFORDRINGER I FORHOLD TIL NARKOTIKAREGULERING</u>	<u>8</u>
2.1	Omgåelsesproblematikk i forhold til nye stoffer - <i>"bevegelige mål"</i>	8
2.2	Hvordan møte utfordringene?	10
<u>3</u>	<u>HVA REGNES SOM NARKOTIKA I HENHOLD TIL NORSK LOV</u>	<u>15</u>
3.1	Narkotikaforskriften § 2	15
3.2	To måter å regulere stoffer som narkotika i norsk rett	16
3.2.1	Narkotikalistens, narkotikaforskriften § 2 første ledd	16
3.2.2	Derivatbestemmelsen, jfr. narkotikaforskriften § 2 annet ledd	18
3.3	Rettsvirkningene av at stoff reguleres som narkotika	18
3.4	Derivatbestemmelsen omfatter ikke <i>"droger"</i> , jfr. Rt. 1982 s.64	19
<u>4</u>	<u>TOLKING AV DERIVATBESTEMMELSEN</u>	<u>21</u>

4.1	Derivatbestemmelsens ordlyd	21
4.2	Det kjemiske derivatbegrepet	22
4.3	GBL- dommen	26
4.3.1	Partenes anførsler	26
4.3.2	Sakens problemstilling	28
4.3.3	Forstadium til et stoff eller lett kunne omdannes til et stoff på narkotikalistens	29
4.3.4	Høyesterett tar utgangspunkt i den kjemiske definisjonen av derivat	29
4.3.5	Derivatforbindelsen må ha rusvirkning eller ruspotensial	32
4.3.6	Høyesterett harmoniserer derivatbestemmelsen med EMK artikkel 7	34
4.3.7	Frifinnelse	35
4.4	Fenazepam-dommen	36
4.4.1	Partenes anførsler	36
4.4.2	Sakens problemstilling	36
4.4.3	Fenazepam tilhører gruppen 1,4-benzodiazepiner	36
4.4.4	En annen problemstilling enn i Rt. 2009 s. 780	37
4.4.5	Sakkyndige uenige i hva som regnes som derivat i den kjemiske fagterminologi	38
4.4.6	Derivatbestemmelsens formål trekkes inn i tolkingen	39
4.4.7	EMK artikkel 7s krav til derivatbestemmelsen som straffehjemmel	40
4.4.8	Høyesterett legger til grunn Frostating Lagmannsretts oppsummering av problemstillingen	41
4.4.9	Hvilken fortolkning av derivat må legges til grunn hvis man tar de krav som EMK artikkel 7 oppstiller i betraktning?	42
4.4.10	Frifinnelse	43
4.5	Hvilke materielle krav følger av legalitetsprinsippet og som narkotikaforskriften § 2 annet ledd som straffehjemmel må tilfredsstill	43
4.5.1	Krav til at derivatbestemmelsen skal være klar og forutsigbar	44
4.5.2	Krav til at derivatbestemmelsen er tilgjengelig - " <i>Adequately accessible</i> "	48
4.5.3	Forbudet mot analogisk eller utvidende tolkning av derivatbestemmelsen	49
4.5.4	Rettsvillfarelse som en konsekvens av uklar og uforutsigbar lovhome	50
4.6	Er derivatbestemmelsen i overensstemmelse med legalitetsprinsippet?	51
4.6.1	En oppsummering av Høyesteretts rettspraksis	51
4.6.2	Tilfredsstiller derivatbestemmelsen kravene til klar, forutsigbar og tilgjengelig straffehjemmel?	52

<u>5</u>	<u>RETTSPOLITISKE BETRAKTNINGER</u>	<u>57</u>
5.1	Fagmiljøet er kritisk til bruk av det kjemiske derivatbegrepet i narkotikaloggivningen	57
5.2	Kritikk av GBL- dommen	59
5.3	Riksadvokatembetets presiseringsforslag	61
5.4	Like stort behov for en ”sikkerhetsventil” i dag?	63
5.4.1	Det europeiske system for utveksling, risikovurdering og kontroll	63
5.4.2	Har bestemmelsen blitt en ”sovepute”?	64
5.5	Gjenåpning av straffesaker hvor den domfelte har hatt befatning med derivat	65
5.6	Alternative kontrolltiltak	66
5.7	Egne betraktninger	66
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>68</u>

1 Innledning

1.1 Oppgavens problemstilling

Hovedproblemstillingen i oppgaven er hvorvidt derivatbestemmelsen i forskrift om narkotika m.v. av 30. juni 1978 § 2 annet ledd tilfredsstiller de krav som stilles av legalitetsprinsippet til klar, forutsigbar og tilgjengelig straffehjemmel. Herunder må det avgjøres hvorvidt begrepet derivat etter en tolkning av bestemmelsen i narkotikaforskriften § 2 annet ledd er forutsigbart og tilgjengelig.

1.2 Rettskilder og metode

Ved tolkningen av bestemmelsen i narkotikaforskriften § 2 annet ledd vil de to viktigste rettskildefaktorene være bestemmelsens ordlyd og Høyesteretts rettspraksis. Det finnes ingen forarbeider til narkotikaforskriften § 2 annet ledd. Høyesterettsdommene inntatt i Rt. 2009 s. 780 og HR-2010-0063-A har stor rettskildevikt i forhold til tolkingen av derivatbestemmelsen.

Når det i oppgaven skal gjøres rede for hvorvidt bestemmelsen i narkotikaforskriften § 2 annet ledd oppfyller kravene til klar, forutberegnelig og tilgjengelig straffehjemmel, vil Grunnloven Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814 (Grl.) og Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter som endret ved ellefte protokoll 11. mai 1994 med de opplistede tilleggsprotokoller (EMK) samt Høyesteretts rettspraksis og rettspraksis fra Den Europeiske Menneskerettighetsdomsstol i Strasbourg (EMD) ha stor vekt som rettskildefaktorer. Jeg vil bruke juridisk teori og forarbeider¹ til den nye

¹ Ot.prp. nr. 90 (2003- 2004) Om lov om straff.
Proposisjonen vil være opplysende om gjeldende rett og har samme rettskilde vekt som juridisk teori.

straffeloven av 2005 hvor disse rettskildefaktorene sier noe mer enn det lovtekst og rettspraksis gjør.

Ifølge lov av 21.mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett ² (heretter menneskerettsloven) §§ 2 og 3, skal EMK gjelde som norsk intern rett og skal få forrang ved motstrid i forhold til bestemmelser i annen norsk lovgivning. For at man skal få en lik forståelse av EMK i alle kontraherende stater tolkes konvensjonen autonomt, og EMD står for tolking og utvikling av gjeldende rett. EMDs rettspraksis har stor betydning for hvordan Høyesterett tolker EMK og tillegges derfor stor vekt i forhold til redegjørelsen av legalitetsprinsippet etter EMK. ³

Da derivatbestemmelsen tar utgangspunkt i den kjemiske fagterminologi har det vært nødvendig med kunnskap om hvordan derivatbegrepet og andre kjemiske fagtermer forstås i det kjemiske fagmiljøet. Dette har blant annet vært nødvendig fordi det kjemiske derivatbegrepet fungerer som et utgangspunkt for begrepets rettslige avgrensning i narkotikaforskriften § 2 annet ledd etter Høyesterettspraksis. I den anledning har jeg fått uvurderlig hjelp av Sivilingeniør i kjemi Tormod Bønes ved Kripos, som har redegjort for hvordan derivat og de andre kjemiske begrepene narkotikaforskriften § 2 annet ledd benytter seg av forstås i kjemien.

1.3 Kort om det strafferettslige legalitetsprinsipp

Det strafferettslige legalitetsprinsippet spaltes vanligvis opp i fire krav: ⁴

- 1) Straffedommer må ha sitt grunnlag i en straffelov
- 2) Forbudt med lover med tilbakevirkende kraft
- 3) Krav om klarhet, forutsigbarhet og tilgjengelighet
- 4) Forbud mot å tolke straffehjemler analogisk eller sterkt utvidende

² Herunder faller Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter som endret ved ellefte protokoll 11. mai 1994 med de opplistede tilleggsprotokoller og FNs internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter

³ Jfr. Rt. 2000 s. 996

⁴ Jacobsen (2009) s.312 -313

Alle kravene må være oppfylt for at en straffebestemmelse er i overensstemmelse med legalitetsprinsippet. I denne fremstillingen er det kravene til klarhet, forutsigbarhet og tilgjengelighet samt forbudet mot analogisk tolkning av straffehjemler, som vil drøftes i forhold til derivatbestemmelsen i narkotikaforskriftens § 2 annet ledd. Jeg vil kort redegjøre for det formelle lovskravet og hvorvidt derivatbestemmelsen tilfredsstiller kravet i punkt 1.4.1 og kort beskrive forbudet mot straffehjemler med tilbakevirkende kraft i punkt 1.4.2.

1.4 Hva faller utenom oppgaven

1.4.1 Derivatbestemmelsen sett i forhold til det formelle krav til straffehjemler

En handling eller unnlatelse kan ikke straffes med mindre dette fremgår av en skreven rettskilde; ved provisorisk anordning, formell lov, eller forskrift gitt med hjemmel i lov, jfr. Grl. §§ 17 og 76-79.⁵ For å være i overensstemmelse med Grl. § 96 må derfor straffetrusselen og strafferammen angis i en skreven rettskilde. I tillegg må det angis at overtredelse kan medføre straff.⁶

Lovgiver kan delegere kompetanse til forvaltningen slik at de kan gi nærmere handlingsnormer ved forskrift, uten at dette strider mot lovkravet.⁷ En slik kompetanse er delegert Statens legemiddelverk som har myndighet til å føre opp nye narkotiske stoffer på narkotikalistens⁸ (forskrift om narkotika m.v. av 30. juni 1978 § 3), jfr. legemiddeloven av 4. desember 1992 nr. 132 § 22 (heretter legemiddell.).

Kravet til lovhjemmel følger også av EMK artikkel 7. I henhold til EMDs rettspraksis oppfyller skreven rett og uskreven rett samt folkerett kravet til "law" i EMK artikkel 7.

⁵ Røstad (1993) s.75

⁶ Boe (1996) s. 206

⁷ Andenæs (2004) s. 186

⁸ Strandbakken (2004) Jussens Venner s.166 se s.193

Lovkravets viktighet uttrykkes gjennom EMK artikkel 15 nr. 2 hvoretter de krav som EMK artikkel 7 oppstiller, ikke under noen omstendighet kan fravikes. I Norge, hvor det strafferettslige legalitetsprinsipp er grunnlovfestet, vil det ikke være tilstrekkelig at straffansvar begrunnes med en ulovfestet regel som har sitt grunnlag i rettspraksis. Dersom det i nasjonal lovgivning benyttes en straffehjemmel som er atypisk i forhold til det man har grunn til å forvente, vil borgernes forutberegnelighet svekkes.⁹ Grl. § 96 og EMK artikkel 7 er derfor sammenfallende hva gjelder lovskravet i norsk rett.

Narkotikaforskriften er hjemlet i lov av 4. desember 1992 § 22 første ledd og derivatbestemmelsen følger av narkotikaforskriften § 2 annet ledd. Den oppfyller derfor det formelle kravet til lovhjemmel etter Grl. § 96 og EMK artikkel 7.

1.4.2 Forbud mot at derivatbestemmelsen får tilbakevirkende kraft

Kravet følger av Grl. § 97 som sier at

” Ingen Lov maa gives tilbagevirkende Kraft. ”.

Det samme kravet følger av EMK artikkel 7 som sier at

“No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.”

Kravet vil ikke bli ytterligere drøftet i oppgaven siden det faller utenfor problemstillingen som angitt i punkt 1.1.

⁹ Aall (1995) s. 281

1.4.3 Narkotikaprekursorer omfattes ikke av derivatbestemmelsen

Oppgaven omfatter ikke regulering av narkotikaprekursorer. Narkotikaprekursorer reguleres av egen forskrift¹⁰ som rammer stoffer som kan anvendes til lovlige formål, men samtidig kan benyttes til å fremstille narkotika. Med hjemmel i forskriften kontrolleres disse stoffene slik at de hindres i å gå ut fra den lovlige distribusjonskjeden til ulovlig produksjon av narkotika.¹¹

1.5 Fremstillingen videre

Bestemmelsen i narkotikaforskriften § 2 annet ledd har de siste årene blitt kritisert av mange for å være uforutsigbar og i strid med kravet til klar og forutsigbar straffehjemmel. Bestemmelsen gjør at *”salter og derivater av de oppførte stoffer eller droger og mulig isomere, estere og etere av stoffene eller deres salter”* regnes som narkotika. Etter derivatbestemmelsens ordlyd er det vanskelig å vite hva som gjør at en forbindelse regnes som derivat i bestemmelsens forstand.

Professor emeritus i kjemi ved Universitetet i Oslo, Arvid Mostad stiller seg sterkt kritisk til at derivatbegrepet anvendes i narkotikalovgivningen. Han skriver i en artikkel i fagbladet Kjemi at *”siden det ser ut til at ”Gud og hvermann” kan lage en definisjon av begrepet ”derivater”, er det vanskelig å se at begrepet kan være brukbart i lovgivningen.”*¹²

¹⁰ Forskrift om stoffer som kan brukes ved ulovlig fremstilling av narkotika mv. av 17. februar 2006 nr 263.

¹¹ Høring - Gjennomføring Av Forordning (Ef) Nr. 1277/2005

¹² Arvid Mostad ved Kjemisk Institutt i artikkelen GHB i Kjemi 6/2009 s. 16

Bestemmelsen i narkotikaforskriften § 2 annet ledd er et særnorsk fenomen, men det finnes lignende bestemmelser i narkotikalovgivningen i andre land, blant annet i USA og Danmark.¹³ I fremstillingen vil jeg noen steder bare omtale den som derivatbestemmelsen.

For å forstå hvorfor man i Norge finner det begrunnet å ha en derivatbestemmelse er det nødvendig å redegjøre for hvilke utfordringer narkotikalovgivningen møter og hvilke juridiske virkemidler man kan ty til. Dette har jeg valgt å behandle i fremstillingens andre kapittel. Oppgavens kapittel tre vil fungere som et oversiktskapittel hvor derivatbestemmelsen blir satt inn i en større sammenheng. Her vil jeg redegjøre for hvordan narkotika reguleres i norsk rett og hvilke rettsvirkninger det har at man regulerer stoffer, preparater eller droger som narkotika.

Hoveddelen i fremstillingen består i å tolke bestemmelsen i narkotikaforskriften § 2 annet ledd. Dette er av avgjørende betydning for å kunne svare på oppgavens problemstilling. Jeg tar ved tolkningen utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd. Herunder er det viktig for fremstillingen å gjøre rede for hvordan derivatbegrepet defineres i kjemien. Videre vil det være viktig å vise hvordan derivatbestemmelsen tolkes av Høyesterett. Det er deres fortolkning av bestemmelsen som kan gi grunnlag for å se om regelen oppfyller kravene til klar, forutberegnelig og tilgjengelig straffehjemmel. De krav som følger av legalitetsprinsippet om klar, forutsigbar og tilgjengelig straffehjemmel vil jeg redegjøre for i punkt 4.4. Narkotikaforskriften § 2 annet ledd må oppfylle disse kravene hvor bestemmelsen påberopes anvendt som straffehjemmel.

I siste del av kapittel 4 vil jeg sammenholde den regelen som er resultat av Høyesteretts fortolkning i rettspraksis med de krav som følger av legalitetsprinsippet om klar, forutsigbar og tilgjengelig straffehjemmel. Herunder er det relevant å redegjøre for hvorvidt Høyesterett har fortolket derivatbegrepet i bestemmelsen i narkotikaforskriften § 2 annet ledd slik at det fremstår som klart og forutsigbart.

¹³ Bekendtgørelse om euforiserende stoffer 31.08.93 § 1 og Controlled Substance Analogue Enforcement Act of 1986

Til slutt har jeg valgt å ta med et kapitel som redegjør for de rettspolitiske betraktningene i forhold til bestemmelsen. Ett av hovedspørsmålene vil være om bestemmelsen fungerer etter sitt formål som sikkerhetsventil. Her vil jeg redegjøre mer utførlig for kritikken som har kommet fra det kjemiske miljøet i forhold til bruk av det kjemiske derivatbegrepet i narkotikaloggivningen og for alternative kontrolltiltak.

2 Utfordringer i forhold til narkotikaregulering

2.1 Omgåelsesproblematikk i forhold til nye stoffer - ”bevegelige mål”

Først vil jeg redegjøre for hvorfor de norske myndigheter har funnet det riktig å kriminalisere derivater av kjemiske forbindelser på narkotikalistene som narkotika. Bestemmelsen skulle hindre at man i norsk rett fikk et juridisk vakuum og dens formål var å hindre at

”det skulle [...] kunne dukke opp nye, tidligere ukjente kjemiske forbindelser av stoffer på Narkotikalistene, som enten lot seg lettvinnt tilbakeføre, eller som i seg selv hadde lignende narkotiske egenskaper som de stoffene som var oppført, uten at disse stoffene også ble klassifisert som narkotika.”¹⁴

I årsrapporten om narkotikasituasjonen i Europa for 2009 av EMCDDA¹⁵ karakteriseres problemet med stadig nye narkotiske stoffer som ”et bevegelig mål”. I rapporten uttaler EMCDDA at

”situasjonen i Europa med hensyn til tilgjengelighet og bruk av syntetiske stoffer blir stadig mer kompleks og ustabil. Det illegale markedet og leverandørene til dette, utviser stor oppfinnsomhet når det gjelder produksjonsprosesser, nye produkter og markedsføringsmuligheter og samtidig evne til å hurtig tilpasse seg kontrolltiltakene.”¹⁶

¹⁴ Brev fra Helsedirektoratet av 18.01.88 til Asker og Bærum politikammer

¹⁵ European Monitoring Center for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA) er et uavhengig institutt under EU etablert i 1993.

¹⁶ EMCDDAs årsrapport for 2009: Narkotikasituasjonen i Europa

Rapporten tar også opp problemet med ”legal highs” som er tidligere ukjente kjemiske forbindelser med rusvirkning som går klar av narkotikaloggivningen.

”De nye stoffene som gjør sin inntreden på internettmarkedet, kan være alt fra rusmidler som tradisjonelt har vært brukt i andre deler av verden, til eksperimentelle kjemikalier som er syntetisert i laboratorier og ikke tidligere testet på mennesker. Forsøk på å omgå narkotikakontroll ved å markedsføre uregulerte stoffer er ikke et nytt fenomen.”

Det man nå ser i Europa er at narkotikaprodusenter er raskt ute med å endre den kjemiske forbindelsen til narkotikaklassifiserte stoffer for å unngå at de rammes av narkotikaloggivningen.¹⁷ Problemet med at man ikke kan straffeforfølge befatning med stoffer bare fordi den kjemiske strukturen til det narkotiske stoffet er endret, er noe som norske myndigheter slipper unna, i den grad den kjemiske forbindelsen regnes som derivat av én eller flere kjemiske forbindelser oppført på narkotikalistens, jfr. narkotikaforskriften § 2 annet ledd.

Hvis man tar den faktiske situasjon som beskrevet ovenfor med i betraktning er det ikke så vanskelig å forstå at myndighetene i Norge ønsker å beholde nåværende ordning med derivatbestemmelsen i narkotikaforskriften. Det er helt klart at bruk av en analogisk klassifiseringsmetode i tillegg til narkotikalistens har mange fordeler. Jeg vil redegjøre nærmere for den analogiske klassifiseringsmetode under punkt 2.2. Imidlertid er det ikke slik at hensynet til en effektiv rettshåndhevelse kan tilsidesette de krav som stilles til straffebestemmelseres klarhet, forutberegnelighet og tilgjengelighet.

¹⁷ EMCDDAs årsrapport for 2009: Narkotikasituasjonen i Europa

2.2 Hvordan møte utfordringene?

I 2009 publiserte EMCDDA rapporten *Legal Responses to New Psychoactive Substances in Europe* som tar for seg hvordan de ulike europeiske landene juridisk håndterer utfordringer med nye narkotiske stoffer.¹⁸ Innledningsvis i rapporten understrekes det hvor viktig det er at stoffene som regnes som narkotika er *”clearly referred to, either individually or in tightly defined groups, by national criminal laws [...]”* for at straffebestemmelsen kan sies å være i overensstemmelse med legalitetsprinsippet etter EMK artikkel 7.¹⁹

Bruk av narkotikadefinisjoner som er i overensstemmelse med EMK artikkel 7 er likevel ikke uproblematisk, jfr. ovenfor i 2.1. Dersom definisjonen av hva som regnes som narkotika er avgrenset og klar vil narkotika bare være det som uttrykkelig er opplistet individuelt eller i grupper. En konsekvens av dette er at illegale kjemikere straffritt kan produsere nye kjemiske forbindelser med sentralstimulerende eller rusgivende virkning, fordi det på produksjonstiden ikke regnes som narkotika. EMCDDA uttaler i rapporten at

*”[...] such references and definitions can act as a challenge to illicit drug producers and traffickers to adjust a chemical compound to one that is outside the definition of a controlled substance, or to find a new substance, that has similar psychoactive effects.”*²⁰

¹⁸ Legal Responses to New Psychoactive substances in Europe s. 4

¹⁹ Legal Responses to New Psychoactive substances in Europe s. 4

²⁰ Legal Responses to New Psychoactive substances in Europe s. 4

Lovgivers utfordringer i forhold til regulering av nye psykoaktive stoffer knytter seg derfor til to ulike problemstillinger:

- 1) Hvordan kan man regulere nye forbindelser som er laget av én allerede oppført forbindelse ved å “*adjust a chemical compound to one that is outside the definition of a controlled substance*”, uten måtte individuelt oppliste den nye forbindelsen?
- 2) Hvordan kan man regulere ” [a] *new substance, that has similar psychoactive effects*”, men som ikke knytter seg til én allerede opplistet forbindelse?

Rapporten fra EMCDDA undersøker de ulike systemene for narkotikakontroll i de ulike landene og ser på de legislative prosedyrene for å narkotikaklassifisere nye psykoaktive stoffer. Vanligvis står de kjemiske forbindelsene av de kontrollerte stoffer opplistet individuelt. Individuell opplisting på én uttømmende liste kan være den eneste måten å klassifisere, men suppleres i noen land av det som man kan kalle den generiske eller analoge klassifiseringsmetode.²¹ Disse klassifiseringsmetodene kan betegnes som forsøk på regulering av omgåelsesproblemet ved at de prøver å tette igjen de hullene som bruk av en individuell opplisting lar være igjen.

- 1) **Den generiske klassifiseringsmetode:** Når en anvender denne metoden klassifiseres en hel gruppe med stoffer som har til felles én kjemisk aktiv substans som beskrevet i definisjonen og det angis ikke enkeltvis hvilke stoffer som omfattes av denne.²² Eks: Benzodiazepiner
- 2) **Den analoge klassifiseringsmetode:** Her angis heller ikke de enkelte forbindelser som omfattes. Denne metoden er mer vidtspennende og ubestemt enn den

²¹ Legal Responses to New Psychoactive substances in Europe s. 5

²² SOU 2008:120 s. 226

generiske. Et stoff anses for å være analogt blant annet om det vesentlig ligner på ett allerede narkotikaklassifisert stoff når det gjelder struktur og/eller effekt.²³

Eks: Morfin, heroin og kodein er analoge i struktur, imidlertid ikke i effekt.

Bruk av den generiske eller analogiske klassifiseringsmetoden i nasjonal narkotikaloggivning kan løse den første problemstillingen. I forhold til den analogiske klassifiseringsmetode vil nye stoffer som på ett nærmere beskrevet grunnlag anses som analoge til allerede oppførte stoffer, reguleres i egenskap av å være analoge forbindelser til det som er oppført på narkotikalistene. I forhold til den generiske klassifiseringsmetoden vil nye forbindelser omfattes av loven så langt de tilsvarer en allerede regulert gruppes felles' kjemisk aktive substans.

Den andre problemstillingen slik jeg ser det kan ikke løses med mindre den nye forbindelsen reguleres som narkotika ved at man: Enten oppfører den nye forbindelsen individuelt på narkotikalistene. Eller oppfører en forbindelse eller gruppe med forbindelser, slik at den nye forbindelsen reguleres i kraft av å være analog eller generisk i forhold til én av disse. Forbindelsene av denne typen rammes ikke av omgåelsesregulering og de må oppføres på listen individuelt.

Både den analoge og den generiske klassifiseringsmetode nødvendiggjør bruk av generelle ord/begreper og kategorier. I følge EMDs rettspraksis²⁴ er det tillatt til å bruke en slik lovgivningsteknikk uten at dette strider mot EMK artikkel 7. Begrunnelsen er at man ser hen til behovet for tilpasningsdyktige rettsregler som kan holde tritt med rettsutviklingen og som derfor må levne et visst rom for tolking.

²³ SOU 2008:120 s. 226

²⁴ Saken *Cantoni v. France*

Dette fremgår blant annet av saken *Cantoni v. France* hvor Domstolen uttaler

“Like many statutory definitions that of “medicinal product” [...] is rather general. When the legislative technique of categorization is used, there will often be grey areas at the fringes of the definition. This penumbra of doubt in relation to borderline facts does not in itself make a provision incompatible with article 7, provided that it proves to be sufficiently clear in the majority of cases.”

At det er tvil i forhold til hvorvidt et narkotisk stoff omfattes av en bestemmelse eller ikke er derfor ikke i strid med EMK artikkel 7, så fremt bestemmelsen viser seg å være tilstrekkelig klar i forhold til hvilke stoffer som omfattes i de aller fleste tilfeller.

Domstolenes oppgave er å ta stilling til den tolkningstil bestemmelsens ordlyd eventuelt levner og de må ved tolkningen ta hensyn til samfunnsutviklingen på det området bestemmelsen gjelder.²⁵ Hvorvidt man kan si at en regel som regulerer stoffer er tilstrekkelig klar i de fleste tilfeller, vil bero på en konkret vurdering.

I rapporten fra EMCDDA antas det at den analoge og den generiske klassifiseringsmetode ikke medfører brudd på EMK artikkel 7²⁶, jfr. *Kokkinakis v. Greece*.

“In this relation, it must be noted that the application of Artikkel 7(1) ECHR above does not deem it objectionable that the existing elements of the offence are clarified and adapted to new circumstances which can reasonably be brought under the original conception of the offence.”

Synet hva angår bruk av disse klassifiseringsmetodene er ikke udelt positivt. I 2008 ble det skrevet en utredning i Sverige ”*SOU 2008: 120 Bättre kontroll av missbruksmedel. En effektivare narkotika- och dopningslagstiftning m.m.*” Her argumenteres det med at bruk av

²⁵ Saken *Cantoni v. France* avsn. 32

²⁶ Legal Responses to New Psychoactive substances in Europe s. 5

denne type lovgivning innebærer en stor grad av rettsusikkerhet for den vanlige borger. Ved bruk av en generisk klassifiseringsmetode vil man omfatte mange flere stoffer enn det man ønsker å ramme og det vil innebære en unødigg komplisert regulering.²⁷ Det uttales at bruk av en analogisk klassifiseringsmetode innebærer betydelig uklarhet, og at selv

*”inte ens en kemist kan förutse samtliga de varor som kan komma att anses som analoga. Systemet framstår som svårhanterligt då det kan fordras att eksperter måste uttala sig om drogernas kemiska sturktur m.m. i olika brottmål. En substans som anses att vara analog i ett brott mål kanske inte anses att vara det i et annat.”*²⁸

Denne kritikken mener jeg ”treffer” ganske godt i forhold til bestemmelsen i narkotikaforskriften § 2 annet ledd. Det er bekymringsverdig om det er slik at bestemmelsen i narkotikaforskriften § 2 annet ledd bruker begrep det er vanskelig å forutsi sin rettslige stilling ut fra.

²⁷ SOU 2008: 120 s. 230 -231

²⁸ SOU 2008: 120 s. 231

3 Hva regnes som narkotika i henhold til norsk lov

3.1 Narkotikaforskriften § 2

Forskrift om narkotika m.v. av 30. juni 1978 nr. 8 § 2 angir hva som regnes som narkotika i Norge. (heretter narkotikaforskriften) Det er Statens legemiddelverk som har den delegerte kompetansen til å endre forskriften, jfr. Legemiddeloven av 4. desember 1992 nr. 132 § 22.

Bestemmelsen i narkotikaforskriften § 2 lyder som følger:

”Som narkotika m.v. regnes de stoffer som er oppført i den i henhold til § 3 fastsatte Narkotikaliste.

Som narkotika m.v. regnes også salter og derivater av de oppførte stoffer eller droger og mulige isomere, estere og etere av stoffene eller deres salter.

Preparater regnes som narkotika m.v. når de inneholder stoffer eller droger som nevnt.”

Begrepet ”narkotika m.v” i forskriftens § 2 første ledd og annet ledd, viser til at Norge oppfører flere stoffer enn det som følger av FN-konvensjonene nevnt nedenfor i punkt 3.2.1.²⁹ Legemiddell. § 22 sier at ”narkotika m.v.” omfatter stoffer, droger eller preparater.

²⁹ Andenæs (2008) s. 243

Det følger av Rt. 1982 s.64 og forarbeider³⁰ at;

”Med ”stoffer” menes entydige kjemiske stoffer. ”Droger” betegner forskjellige råstoffer fra plante- og dyreriket, som nyttes til legemidler og til fremstilling av legemidler. De inneholder flere kjemiske stoffer, ofte i noe varierende mengder. ”Preparater” er enten enkle stoffer eller droger som er spesielt tilberedt til bruk som legemidler eller produkter som er sammensatt av flere forskjellige stoffer eller droger.”

Preparater kommer ofte i tablettform og inneholder både et virkestoff og et fyllstoff.³¹ I oppgaven vil jeg benytte meg av begrepene ”forbindelse” og ”stoff” som fellesbetegnelser på stoffer, droger og preparat.

3.2 To måter å regulere stoffer som narkotika i norsk rett

3.2.1 Narkotikalist, narkotikaforskriften § 2 første ledd

Den ene måten å regulere narkotika på er å oppliste stoffer på narkotikalist, jfr. narkotikaforskriften § 2 første ledd. På narkotikalist listes opp det som følger av Den alminnelige narkotikakonvensjon av 1961 og Konvensjonen om psykotrope stoffer av 1971 samt de stoffer, preparater og droger som Statens legemiddelverk har bestemt skal reguleres som narkotika, jfr. narkotikaforskriften § 3 nr. 1 og nr. 2.

Statens legemiddelverk har kompetanse til å endre narkotikalist, narkotikaforskriften § 3 jfr. legemiddeloven av 4. desember 1992 nr. 132 § 22.³² Statens legemiddelverk kan vedta å oppføre stoffer dersom de har ”liknende skadevirkninger” som narkotika og som derfor burde være under ”tilsvarende kontroll” jfr. narkotikaforskriften § 3 nr. 2 annet ledd. I

³⁰ Innstilling II fra Komitéen til revisjon av apoteklovgivningen m.v. s. 34 andre spalte

³¹ Opplysning fra Seniorrådgiver i KRIPOS, Tormod Bønes

³² Strandbakken (2004) Jussens Venner 2004 s.166 se s. 193

henhold til Statens legemiddelverks praksis anses stoffer å ha slike *”liknende skadevirkninger”* dersom det er påkrevd av hensynet til folkehelsen at de burde reguleres, hvor stoffet er kjent i rusmiljøer, hvor stoffet er kjemisk beslektet med et allerede oppført stoff og må antas å ha rusfremkallende effekt.³³

Hauge har i sin artikkel, Narkotika og delegasjon av lovgivningsmyndighet, stilt seg kritisk til den vide delegeringsadgangen i narkotikalovgivningen. Han mener at delegeringsadgangen skiller seg ut ved at brudd på narkotikalovgivningen kan medføre lovens høyeste straff, jfr. strl. § 162 tredje ledd. Delegasjonsadgangen gjør at Statens legemiddelverk *”står meget fritt i sin avgjørelse – fordi et utall av vekster, medikamenter og kjemiske stoffer ”kan ha liknende skadevirkninger” som dem som omfattes av konvensjonene.”*³⁴ Et stoff regnes ikke som narkotika i henhold til narkotikalistens før det faktisk klassifiseres som det.³⁵ Kompetansen til å endre narkotikalistens gjør at Statens legemiddelverk kan treffe en beslutning som *”innebærer at en lovlig virksomhet fra en dag til den neste blir en av de alvorligste forbrytelser i norsk rett.”*³⁶

Sivilingeniør i kjemi Tormod Bønes ved Kripos mener at

*”Selv om både naturen og den organisk-syntetiske kjemi har fremskaffet svært mange tusen stoffer med rusgivende virkning og avhengighetsskapende egenskaper, er det et lite mindretall som er tatt inn på narkotikalistens[...]Ut fra teoretiske anslag, kan det bare fra planteverden dreie seg om mer enn titusen arter, og fra den syntetisk-organiske sektor atskillig flere stoffer, som har psykoaktiv effekt.”*³⁷

Fordi vedtak om oppføring av stoffer innebærer at flere stoffer rammes av narkotikalovgivningen, må oppføringen bli kunngjort på foreskrevet måte, jfr. Rt. 2004 s.

³³ Høring – oppføring av nye stoffer på narkotikalistens 04.03.10 fra Statens legemiddelverk

³⁴ Hauge, Lov og rett 1990 s. 171

³⁵ Hauge, Lov og rett 1990 s.173

³⁶ Hauge, Lov og rett 1990 s. 174

³⁷ Opplysning fra sivilingeniør i kjemi Tormod Bønes ved Kripos 15.02.10

357. Vedtak om nektet importtillatelse etter legemiddeloven eller pressemelding fra Statens legemiddelverk oppfyller ikke kravene om vedtak og kunngjøring, jfr. Rt. 2009 s. 780.

3.2.2 Derivatbestemmelsen, jfr. narkotikaforskriften § 2 annet ledd

Kjemiske forbindelser som ” *salter og derivater av de oppførte stoffer eller droger og mulige estere, etere av stoffene og deres salter* ” regnes også som narkotika etter bestemmelsen i narkotikaforskriften, og er således den andre måten å regulere forbindelser som narkotika. Derivatbestemmelsen innebærer at man i norsk rett straffeforfølger befatning med flere stoffer enn dem uttrykkelig oppført på narkotikalista.

3.3 Rettsvirkningene av at stoff reguleres som narkotika

Narkotikabegrepet kan benyttes som en fellesbetegnelse på de stoffer, droger og preparater som omfattes av narkotikaforskriften § 2 første og annet ledd. Det at et stoff, en droge eller et preparat omfattes av narkotikabegrepet får den rettsvirkning at det utgjør ett av elementene til en rekke straffehjemlers gjerningsbeskrivelse.

Det mest sentrale straffebudet følger av den Almindelig borgerlig Straffelov av 22.mai 1902 nr.10§ 162 første ledd (heretter strl.). Bestemmelsen straffer den som ” **ulovlig** *tilvirker, innfører, utfører, erverver, oppbevarer, sender eller overdrar stoff som med hjemmel i lov er ansett som narkotika* ”.

Ifølge legemiddell. § 24 jf. § 31 er det ” *forbudt uten **lovlig adkomst** å være i besittelse av eller å bruke narkotika m.v.[...]* ” og dette kan straffes med bøter eller fengsel inntil tre måneder, eller begge deler.

I disse to bestemmelsene ligger en rettsstridsreservasjon ved at strl. § 162 bare rammer de som **”ulovlig tilvirker, innfører, utfører, erverver, oppbevarer, sender eller overdrar”** og legemiddeloven § 24 jf. § 31 bare rammer de som **”uten lovlig adkomst er i besittelse av eller bruker narkotika m.v.”** Det forhindrer at de som har lovlig befatning med disse stoffene straffes etter bestemmelsene.³⁸

Narkotikabegrepet har betydning også i andre straffebud. Dersom utbyttet etter strl. § 317 er *”utbytte av en narkotikaforbrytelse”* kan straffen skjerpes til inntil 21 års fengsel såfremt det for øvrig foreligger *”særdeles skjerpene omstendigheter”*. Som en fellesbetegnelse på de ulike handlingsmåtene som omfattes av de nevnte straffehjemlene benytter jeg meg av begrepet *”befatning”*.

Hvorvidt befatning med et stoff er straffbart eller ikke beror på om stoffet er oppført på narkotikalistens jfr. § 2 første ledd eller om det er å anse som derivat i narkotikaforskriften § 2 annet ledds forstand.

3.4 Derivatbestemmelsen omfatter ikke *”droger”*, jfr. Rt. 1982 s.64

I saken inntatt i Rt. 1982 s.64 var det tatt ut tiltale mot en som hadde plukket spiss fleinsopp i skogen. Spiss fleinsopp inneholder virkestoffet psilocybin som står på narkotikalistens og spørsmålet var om han hadde besittelse uten *”lovlig adkomst”* etter legemiddeloven § 24 jf. § 31. For å kunne avgjøre om han hadde lovlig adkomst måtte Høyesterett først avgjøre om det var en droge som fordrer at man har lovlig adkomst for og straffritt kunne være i besittelse av den.

Høyesterett uttalte at *”for avgjørelse om besittelse av tørket fleinsopp er straffbar, er det etter min oppfatning nødvendig først å ta standpunkt til om soppen går inn under bestemmelsene om narkotika m.v. i legemiddeloven kapittel VI.”* og det må videre avgjøres

³⁸ Andenæs (2008) s. 244

om ”[...]drogen, som ikke står oppført i narkotikalisten, går inn under lovens narkotikakapittel på grunn av dens innhold av psilocybin, som står oppført på listen.”

Det avgjørende var at:

”det [ikke er] naturlig uten uttrykkelig hjemmel å anse spiss fleinsopp som et narkotikum i denne forstand. [...]Når det ikke er truffet noen uttrykkelig bestemmelse, anser jeg det best stemmende med vanlige prinsipper for tolking av strafferegler å bygge på at soppen ikke går inn under narkotikakapitlet.”

Regelen i § 2 tredje ledd gjelder bare preparater og ikke for droger: *”Preparater regnes som narkotika m.v. når de inneholder stoffer eller droger som nevnt.”* Høyesterett la stor vekt på at dersom soppen (drogen) skal kontrolleres som narkotika må den ha vært nevnt med navns nevning på narkotikalistens, det er ikke tilstrekkelig at den inneholder et stoff som står på narkotikalistens. Avgjørelsen var enstemmig og viser at Høyesterett holder seg til legalitetsprinsippet ved å kreve straffehjemmel for å forby droger. Spiss fleinsopp står nå på narkotikalistens med navns nevning og kontrolleres som narkotika. Avgjørelsen i Rt. 1982 s. 64 innebærer derfor at *”droger”* ikke omfattes av derivatbegrepet i narkotikaforskriften § 2 annet ledd.

4 Tolking av derivatbestemmelsen

4.1 Derivatbestemmelsens ordlyd

Det naturlige utgangspunkt for tolking av derivatbestemmelsen er dens ordlyd.

Narkotikaforskriften § 2 annet ledd lyder som følger:

”Som narkotika m.v. regnes også salter og derivater av de oppførte stoffer eller droger og mulige isomere, estere og etere av stoffene eller deres salter.”

Av ordlyden fremkommer det at narkotikaforskriften § 2 annet ledd ikke gjør klart hva som regnes som derivat i dens forstand.

Bestemmelsen omfatter også *”salter og derivater av de oppførte stoffer eller droger og mulige isomere, estere og etere av stoffene eller deres salter.”* ”Salter” er kjemiske forbindelser bygget opp av ioner og består av elektrisk ladede atomer eller atomgrupper.³⁹ Begrepet *”isomere”* er også et uklart begrep slik det står i bestemmelsen. Det finnes flere typer isomeri, herunder blant annet struktur- og stereoisomeri.⁴⁰ Ifølge Sivilingeniør i kjemi Tormod Bønes i Kripos, er estere og etere definerte begrep i kjemien og kan kalles for to ulike typer derivater. Imidlertid har verken *”estere”* og *”etere”* fått en rettslig avgrensning i rettspraksis. Det er derfor ikke utenkelig at begrepene *”isomer, ester og eter”* i fremtiden vil gjennom Høyesteretts fortolkning få en annen rettslig definisjon enn den definisjonen som legges til grunn i kjemien.

I rettspraksis er det derivatbegrepet som har blitt påberopt anvendt av påtalemyndighetene når bestemmelsen i narkotikaforskriften § 2 annet ledd har vært straffehjemmel. I Rt. 2009 s. 780 var det kun derivatbegrepet som var hjemmelsgrunnlag i saken prøvd av Høyesterett.

³⁹ Store norske leksikon www.snl.no 25.04.10

⁴⁰ Opplysning fra sivilingeniør i kjemi Tormod Bønes i Kripos

Se for øvrig nedenfor i punkt 5.6 hvor det kritiseres at man i denne avgjørelsen ikke problematiserte de øvrige begrepene som følger av bestemmelsens § 2 annet ledd.

I HR-2010- 00630- A uttaler Høyesterett imidlertid at

”De sakkyndige, aktor og forsvarer er enige om at fenazepam ikke kan betegnes som salt, isomer, ester eller eter av stoffer på narkotikalistene, slik at det er det mer overgripende begrepet derivat som eventuelt er hjemmelsgrunnlag.”

Dette viser at Høyesterett i denne saken prøvde om den konkrete kjemiske forbindelsen som påberopes som straffehjemmel falt inn under de andre betegnelsene som også nevnes narkotikaforskriften § 2 annet ledd.

Bestemmelsens ordlyd fremstår som uklar når den utover at *”som narkotika regnes også derivater av de oppførte stoffene”*, ikke uttrykkelig nevner hvilke forbindelser som omfattes av bestemmelsens derivatbegrep.

4.2 Det kjemiske derivatbegrepet

I kjemisk fagterminologi defineres derivat på forskjellige måter. Professor emeritus Arvid Mostad ved Kjemisk Institutt ved Universitetet i Oslo gjør i sin artikkel i fagbladet *”Kjemi”* rede for de ulike definisjonene av derivatbegrepet:⁴¹

- 1) En forbindelse A laget av en annen forbindelse B gjennom én praktisk gjennomførbar prosess. (Mostad)

⁴¹ Mostad (2009) GHB i Kjemi nr. 6 s. 16

- 2) Et produkt fremstilt ved å bytte ut et atom eller atomgruppe i et stoff med andre atomer eller grupper.
- 3) En kjemisk forbindelse er et derivat av en annen når den formelt kan avledes av denne ved ombytting av visse atomer (især hydrogen) eller atomgrupper. (Store Norske Leksikon ved Professor Uggerud)⁴²
- 4) En forbindelse avledet (derivert) av en annen forbindelse, uten at det skjer vesentlige endringer i strukturen. (Caplex)
- 5) In chemistry, a derivative is a compound that is formed from a similar compound or a compound that can be imagined to arise from another compound, if one atom replaced with another atom or group of atoms. The latter definition is common in organic chemistry. In biochemistry, the word is used about compounds that at least theoretically can be formed from the precursor compound. (Wikipedia)
- 6) Derivater er kjemisk beslektede stoffer som har noenlunde samme egenskaper.⁴³ (Statens legemiddelverk)

Innenfor kjemien stilles det ikke krav til prosesstekniske forhold, reaksjonsmekanismer og det er heller ikke noen begrensning på størrelsen av eller antall atomer og atomgrupper som kan byttes ut for at et stoff kan sies å være et derivat av et annet. Derivatbegrepet tar heller ikke forbehold om at fysiologiske egenskaper ved det opprinnelige stoff skal opprettholdes etter derivatiseringen eller at metabolitter⁴⁴ etter inntak skal ha lignende fysiologiske egenskaper som det opprinnelige stoff.

⁴² Merk for øvrig at definisjonen i Store norske leksikon nå har blitt endret: **Derivat**, betegnelse på en kjemisk forbindelse som er avledet av en annen, f.eks. ved utbytting av ett eller flere molekyler med annet molekyl eller kjemisk forbindelse, 25.04.10.

⁴³ Se pressemelding fra Statens legemiddelverk 07.08.03

⁴⁴ Definisjon fra Store norske leksikon www.snl.no 25.04.10 **Metabolitter**, stoffskifteprodukter. Metabolitter oppstår når organismen omdanner et stoff gjennom en serie av biokjemiske reaksjoner.

Det betyr at alle organiske stoffer er mer eller mindre i slekt med hverandre helt avhengig av hvor omfattende definisjon av derivat man legger til grunn.⁴⁵ Derivatbegrepet kan sies å være en paraplybetegnelse på all ombytting av atomer/atomgrupper, hvorav blant annet estere og etere er forskjellige måter en derivasjon kan skje på.

I kjemien derivatbegrepet anvendes ikke bare på forbindelser som omdannes *fra* en forbindelse, men også forbindelser som en annen ble *dannet av* betegnes i kjemien som derivat. Sivilingeniør i kjemi Tormod Bønes ved Kripos redegjør for at

*”Den opprinnelige forbindelsen kan også betraktes å være et derivat av den avledete forbindelsen”.*⁴⁶

Det er heller ikke i derivatbegrepet i kjemien gitt hvorvidt det er tilstrekkelig at:

- A virkelig er fremstilt av B, eller om det er nok at det kan gjennomføres i teorien.
- Om prosessen er eller kan tenkes å ha skjedd, i ett eller flere trinn.
- Det er ikke uttrykt om det kreves at et eller flere atomer/atomgrupper er fjernet, tilføyd eller byttet ut.
- Det er heller ikke gitt hvorvidt forbindelse A må ha bestemte egenskaper som ligner på dem en finner hos forbindelse B.

De ulike definisjonene av derivat som Professor Mostad legger frem er innbyrdes ganske forskjellig. Den definisjonen Mostad selv legger til grunn innebærer at derivat er en forbindelse laget av en annen, så fremt det er praktisk gjennomførbart. Derivat er etter den andre definisjonen, produkt av at man tar ett stoff og bytter ut dets atomer/ atomgrupper med andre. Etter den tredje definisjonen vil man kalle det et derivat hvis *”det formelt sett kan avledes [...]”*. Her kan det virke som om at det er tilstrekkelig med at et stoff rent teoretisk er derivat, uavhengig av om det faktisk er gjennomførbart. Den fjerde

⁴⁵ Opplysning fra Seniorrådgiver i kjemi Tormod Bønes

⁴⁶ Tormod Bønes sakkyndigerklæring i HR-2010-00630-A

definisjonen sier at et derivat er en forbindelse som er ”avledet av en annen” uten at ”det skjer vesentlige endringer i strukturen”, uten å angi hva som kreves for at en forbindelse er avledet av en annen, eller hva som kjennetegner endringer som er ”vesentlige”. Den engelske definisjonen bygger også på at derivat er et teoretisk eller tenkt produkt (*”that can be imagined to arise”*) av en prosess hvor atomer eller atomgrupper kan tenkes byttet ut med andre. Den siste definisjonen kommer fra Statens legemiddelverk, som gir begrepet en egenskapsbeskrivende side. Etter denne definisjonen vil det være slik at dersom man har et stoff på narkotikalistens, og det finnes et stoff med lignende egenskaper, er det sistnevnte stoffet et derivat og skal kontrolleres på samme måte som det førstnevnte. Denne definisjonen synes ikke å gi et forutsigbart grunnlag for å bestemme hvorvidt en kjemisk forbindelse omfattes av bestemmelsen eller ikke, jfr. nedenfor om det rettslige derivatbegrepet.

Av denne redegjørelsen kan man konkludere med at det finnes forskjellige måter å definere derivat på, og de ulike definisjonene avgrenser derivatbegrepets anvendelsesområde forskjellig. Blant annet vil anvendelse av Statens legemiddelverks definisjon innebære at langt flere stoffer regnes som derivat enn ved anvendelse av Mostads definisjon. Dersom man legger til grunn en vid definisjon av derivatbegrepet vil mengden stoffer som potensielt kan bli definert som narkotika være svært omfattende. Et argument mot å legge til grunn en vid definisjon er derfor at den vil komme på kant med kravet om at det må være rimelig forutsigbart for de aller fleste hvilke stoffer som rammes og hvilke stoffer som ikke rammes av bestemmelsen, jfr. *Cantoni v. France*.

Sivilingeniør i kjemi Tormod Bønes ved Kripos sier

”Innenfor kjemien, har derivatbegrepet således ingen entydig definisjon, og situasjonen er at det kan være noe tilfeldig hva den enkelte aktør eller den enkelte kjemiker har av oppfatninger om begrepet, hvilke stoffer som vurderes, hvilke omstendigheter og til hvilke tider begrepet har vært benyttet.

Siden synteseteknikkene i dag er langt mer sofistikerte enn for noen tiår siden, har det hatt som følge at en lang rekke kompliserte organiske stoffer, tenkte forbindelser, også kan syntetiseres i praksis. Dette har hatt som følge at det ofte har knyttet seg stor usikkerhet til om nye, påviste stoffer her i landet kan anses som derivater av stoffer som allerede er inntatt på narkotikalistene.”⁴⁷

Slik at det kan tenkes at usikkerheten i forhold til hvilken definisjon en skal legge til grunn i kjemien forplanter seg videre inn i hvordan begrepet skal forstås strafferettslig i narkotikaforskriften § 2 annet ledd.

4.3 GBL- dommen ⁴⁸

4.3.1 Partenes anførsler

Hovedspørsmålet i saken var om GBL (gammabutyrolakton), som ikke står på narkotikalistene kunne regnes for å være et derivat av GHB (gammahydroksybutyrat) som står på narkotikalistene slik at GBL skal regnes som narkotika etter narkotikaforskriften § 2 annet ledd.

Forsvaret anførte prinsipalt at GBL ikke kan anses som derivat av GHB, subsidiært at det ville være i strid med EMK artikkel 7 å anvende derivatbestemmelsen på GBL da

*”straffebestemmelser etter praksis fra [...] EMD må inneholde en klar og uttømmende beskrivelse av den straffbare handling”.*⁴⁹

Påtalemyndigheten anførte at derivatbegrepet slik det fulgte av narkotikaforskriften § 2 annet ledd var videre enn det som fulgte det rent kjemiske derivatbegrepet og mente at

⁴⁷ Sivilingeniør i kjemi Tormod Bønes ved Kripas’ sakkyndigerklæring i HR-2010-00630-A

⁴⁸ Rt. 2009 s. 780

⁴⁹ Rt. 2009 s.780 avsn. 9

”selv om det [GBL] ideelt burde ha stått på narkotikalisten, må det anses som et narkotisk stoff ut fra legemiddelmyndighetens oppfatning av derivatbegrepet[..]noe de domfelte var blitt orientert om. Det må være tilstrekkelig for å tilfredsstille det strafferettslige krav at en likefrem lesning av bestemmelsen vekker tvil om dens forståelse.”⁵⁰

⁵⁰ Rt. 2009 s.780 avsn. 10

4.3.2 Sakens problemstilling

Høyesterett definerer hovedproblemstillingen slik: *”Spørsmålet hvorvidt GBL skal anses som narkotika beror på en tolking av derivatalternativet i narkotikaforskriften § 2 annet ledd. Da dette er en straffebestemmelse må bestemmelsen tolkes på bakgrunn av det krav til lovhjemmel som følger av EMK artikkel 7.”*⁵¹

Høyesterett redegjør så for de krav som følger av EMK artikkel 7 sammenholdt med EMDs rettpraksis at

”lovbrudd må være klart definert ved rettsregler som er tilgjengelig for allmennheten, og forbyr at straffebestemmelser blir tolket utvidende eller analogisk til skade for tiltalte [...] ”.

For at kravene utledet av EMK artikkel 7 og EMDs rettspraksis skal være tilfredsstilt må det

”fremgå av straffebestemmelsens ordlyd, eventuelt supplert med de presiseringer som måtte følge av rettspraksis, hvilke handlinger eller unnlatelser som rammes.”

Likevel gjør Høyesterett klart at det ikke er forbudt med generelle lovbestemmelser og at det finnes en begrensning i forhold til hvilket nivå av presisjon man kan kreve. Dette med hensyn til behovet for å kunne tilpasse rettsreglene til samfunnsutviklingen. Det følger imidlertid av saken *Cantoni v. France* at

”beskrivelsen [av det straffbare må] være så klar at det i de fleste tilfeller ikke er tvil om hvorvidt handlingen omfattes av bestemmelsen.”

⁵¹ Rt. 2009 s.780 avsn. 20

4.3.3 Forstadium til et stoff eller lett kunne omdannes til et stoff på narkotikalistene

I lagmannsrettens rettspraksis fra før denne dommen har det blitt lagt vekt på om forbindelsen er et forstadium til et stoff på listen eller om den enkel eller lett kan omdannes til et stoff på narkotikalistene.⁵² Høyesterett sier ganske klart i denne dommen at det ikke er tilstrekkelig for at en kjemisk forbindelse skal anses som derivat i bestemmelsens forstand, at forbindelsen lett kan omdannes eller anses for å være et forstadium til en forbindelse på narkotikalistene. Høyesterett tar utgangspunkt i hvordan begrepet derivat vanligvis benyttes i kjemien.

”Etter det som er opplyst, må GBL anses som et forstadium til GHB. Dersom et menneske skulle få i seg GBL, vil det bli omdannet til GHB i kroppen. Den vanligste måten å lage GHB på, er å varme opp GBL og tilsette en basisk løsning, for eksempel natronlut. Det er også mulig å tilbakeføre GHB til GBL. Dette skjer ved at GHB blir tilført syre. Stoffet blir da spaltet til GBL og vann, Det er imidlertid ikke vanlig å benytte betegnelsen derivat om den kjemiske forbindelse som blir dannet ved en slik spalting.”

4.3.4 Høyesterett tar utgangspunkt i den kjemiske definisjonen av derivat

For å fastlegge innholdet av derivatbegrepet tar Høyesterett utgangspunkt i den naturlige språklige forståelse og slik begrepet kommer frem av leksikon:

*”En kjemisk forbindelse er et derivat av en annen når den formelt kan avledes denne ved ombytting av visse atomer (især hydrogen) eller atomgrupper (f.eks. hydroksyl OH) med andre.”*⁵³

⁵² LF-2005-9277, LF-2008-15113 og LH-2000-262

⁵³ Rt. 2009 s.780 avsn. 22

Videre legger de vekt på et brev fra Kripos sendt Oslo Statsadvokatembeter hvor tilsvarende definisjon er lagt til grunn. Høyesterett trekker i tillegg frem at bestemmelsen skal forvaltes som en *”sikkerhetsventil”* hvorved *”nye, tidligere ukjente kjemiske forbindelser av stoffer på narkotikalistene, som enten lot seg lettvinntilbakeføre eller som i seg selv hadde lignende narkotiske egenskaper som de stoffer oppført”* skal rammes.⁵⁴

Høyesterett tar utgangspunkt i den kjemiske definisjonen av derivat når de fortolker derivatbestemmelsen i narkotikaforskriften § 2 annet ledd. Høyesterett uttaler i dommen:

”På denne bakgrunn må det være en forutsetning for at en forbindelse skal anses som derivat i forhold til narkotikaforskriften § 2 andre ledd, at forbindelsen ved ombytting av atomer eller atomgrupper kan avledes fra et stoff som står på narkotikalistene.”

Det kreves etter dette at prosessen (*”kan avledes”*) må skje på en bestemt måte for at forbindelsen skal anses for å være et derivat i narkotikaforskriften § 2 annet ledds forstand. Det er således ikke tilstrekkelig at man kan danne en kjemisk forbindelse Y om til en kjemisk forbindelse X som står på listen for at den skal rammes av bestemmelsen i narkotikaforskriften § 2 annet ledd. Det uttales i dommen at

*”selv om det er mulig å lage GBL av GHB er GBL ikke avledet av GHB ved ombytting av atomer eller atomgrupper. Når dette ikke er tilfellet, kan GBL i forhold til narkotikaforskriften § 2 andre ledd ikke anses som derivat av GHB.”*⁵⁵

Høyesterett sier at Borgarting Lagmannsretts rettsbelæring er uriktig når den legger til grunn at en ankenektelse fra Høyesterett ankeutvalg⁵⁶ også innebærer at Høyesterett legger til grunn at GBL er derivat av GHB.

⁵⁴ Rt. 2009 s.780 avsn. 24

⁵⁵ Rt. 2009 s.780 avsn. 30

⁵⁶ HR-2008-492-U

Sitat fra avsnitt 27 i dommen som gjengir det som er sagt i Lagmannsrettens rettsbelæring:

”Spørsmålet om hvorvidt GBL er et derivat av GHB er behandlet av domstolene tidligere. Ved Borgarting lagmannsretts dom av 8. januar 2008 er det lagt til grunn at GBL er et derivat som angitt i narkotikaforskriftens § 2. Denne dommen ble anket inn til Høyesterett. I støtteskrivet til anken ble det gjort gjeldende at GBL ikke var narkotika i lovens forstand, at domfellelse ville være i strid med lovskravet i grunnlovens § 96 og at lagmannsretten hadde lagt en feil lovanvendelse til grunn. Det ble i støtteskrivet videre vist til faglige uttalelser i saken om at derivater var et vidt begrep. Denne anke ble ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning av 12. mars 2008 ikke tillatt fremmet. I dette ligger at Høyesterett har lagt til grunn at GBL er å anse som narkotika i lovens forstand. Dette er en rettsoppfatning som underordnede rettsinstanser skal følge. Etter dette skal dere legge til grunn at GBL er narkotika og at befatning med dette stoffet rammes av straffelovens § 162”

I saken LB-2007-73659 påberopte forsvareren at derivatbestemmelsen var i strid med Grl. § 96.⁵⁷ Høyesterett sier at de avgjørelser som Høyesteretts ankeutvalg tar, har liten rettskildeverdi og man kan ikke slutte ut fra denne avgjørelsen at Høyesterett mener at GBL ikke er derivat av GHB. Høyesterett tilføyer at tiltalte i den konkrete saken dessuten godtok at GBL var derivat av GHB.⁵⁸

Av dette følger at bare dersom forbindelsen kan avledes fra et stoff på listen ved ombytting av atomer/atomgrupper, så skal den omfattes av derivatbegrepet i bestemmelsens forstand. Det innebærer også at det er bare produktet av en slik avledning eller forbindelser som kan lett kan tilbakeføres til eller lett omdannes, som omfattes av derivatbegrepet i narkotikaforskriften § 2 annet ledd, i motsetning til det kjemiske derivatbegrepet, jfr. punkt. 4.2 fjerde avsnitt. En forbindelse som er avledet fra en annen forbindelse på

⁵⁷ LB-2007-73659

⁵⁸ Rt. 2009 s.780 avsn. 32

narkotikalisten ved ombyttin g av atomer/atomgrupper vil jeg betegne i det følgende som ”derivat” eller ”derivatforbindelse”.

4.3.5 Derivatforbindelsen må ha rusvirkning eller ruspotensial

Dersom man legger til grunn som eneste vilkår at for at en forbindelse skal være omfattet av narkotikaforskriften § 2 annet ledd, at den er avledet av forbindelser på narkotikalistens ved ombytting av atomer/atomgrupper, kan man få en regel som favner svært vidt.

Høyesterett har derfor bestemt at derivatbestemmelsen må undergis en formålsbegrensning slik at det er ikke tilstrekkelig at den kjemiske forbindelsen omfattes av den rettslige definisjonen av derivatbegrepet. Det fremgår av dommen i Rt. 2009 s. 780 avsn. 29 at forbindelsen dessuten må ha:

”en lignende rusvirkning som det stoff det ble avledet fra, eller lett kunne tilbakeføres til eller omdannes til et stoff på listen.”

I henhold til narkotikaforskriften § 2 annet ledd sammenholdt med Rt. 2009 s. 780 omfatter derfor derivatbegrepet forbindelser som faller inn under **én av disse tre definisjonene**:

- 1) Derivatforbindelsen må være avledet fra et stoff på listen ved ombytting av atomer eller atomgrupper samt ha **lignende rusvirkning som stoffet det ble avledet fra**.

Eks. Et heroinderivat må være avledet fra heroin ved ombytting av atomer/atomgrupper samt at det må ha lignende eller samme rusvirkning som heroin.

- 2) Derivatforbindelsen må være avledet fra et stoff på listen ved ombytting av atomer eller atomgrupper samt **lett kunne tilbakeføres til et stoff på listen**.

Eks. Et heroinderivat må være avledet fra heroin ved ombytting av atomer/atomgrupper samt det må lett kunne tilbakeføres til et stoff på listen.

- 3) Derivatforbindelsen må være avledet fra et stoff på listen ved ombytting av atomer eller atomgrupper samt **lett kunne omdannes til et stoff på listen**.

Eks. Et heroinderivat må være avledet fra heroin ved ombytting av atomer/atomgrupper samt det må lett kunne omdannes til et stoff på listen.

Hver definisjon gir uttrykk for et sett med kumulative vilkår. Tilleggsvilkåret som følger av formålsbegrensningen oppstilt i dommen krever at derivatforbindelsen enten har rusvirkning eller ruspotensiale.

Etter den første definisjonen må rusvirkningen til derivatforbindelsen være *"lignende"* i forhold til rusvirkningen til den forbindelsen den er *"avledet fra"*. Dette kreves ikke av de forbindelser som omfattes av den andre og tredje definisjonen. Forbindelser som omfattes av den andre og den tredje definisjonen kan derfor ha en annen rusvirkning enn det stoff de ble avledet fra har.

Imidlertid synes ikke spørsmål som hva som ligger i *"lignende rusvirkning"* etter den første definisjonen å være avklart. Dette er et spørsmål som kan tenkes å dukke opp i senere saker. For hvilke kriterier skal man legge vekt på ved avgjørelsen om en forbindelse har *"lignende rusvirkning som det stoff det ble avledet fra"*?

Når det i den andre definisjonen står *"lett tilbakeføres til en forbindelse som står på listen"* innebærer det, at forbindelser som er avledet fra en forbindelse på narkotikalistens og som lett kan gjøres om til denne igjen eller til et annet stoff på narkotikalistens, omfattes av derivatbestemmelsen. Derivatforbindelsen etter den andre definisjonen har imidlertid ikke har noen rusvirkning som derivat.

I den tredje definisjonen så er tilleggskravet at forbindelsen må *"lett kunne omdannes"* til et stoff på narkotikalistens. Det innebærer at derivatbestemmelsen rammer stoff som ikke

kan tilbakeføres til det stoffet det ble ”avledet fra”, men som kan lett omdannes til et annet stoff på narkotikalistens. Her er det også tale om en forbindelse som ikke i seg selv har noen rusvirkning.

Det som skiller den første definisjonen fra den andre og tredje definisjonen, er at de to sistnevnte bare har ruspotensial mens den førstnevnte i seg selv har rusvirkning. Felles for disse to typer derivatforbindelser er at de som derivat bare har ruspotensiale. De har potensiell rusvirkning i egenskap av at de kan gjøres om til forbindelser på narkotikalistens i og med sin oppføring er anerkjente narkotiske stoffer eller rusmidler.

4.3.6 Høyesterett harmoniserer derivatbestemmelsen med EMK artikkel 7

Dersom man legger vekt på noe annet ved avgjørelsen av om et stoff omfattes av derivatbegrepet enn det som følger av det ovenfor i punkt 5.1.4 og 5.1.5, medfører det en utvidende fortolking i strid med legalitetsprinsippet. Høyesterett fortolker derfor derivatbegrepet innskrenkende slik at bestemmelsen ikke strider mot forbudet mot sterkt utvidende eller analogisk tolking etter EMK artikkel 7. Høyesterett sier at

”Til støtte for å anse GBL som derivat av GHB kan anføres hensynet til effektiv retthåndhevelse. GHB står på narkotikalistens, og [...] GBL kan ved en enkel kjemisk reaksjon omdannes til GHB, og dette kan skje uten bruk av avansert laboratorieutstyr. Det å tolke derivatbestemmelsen i narkotikaforskriften § 2 andre ledd slik at den omfatter GBL, vil imidlertid representere en klart utvidende fortolking av bestemmelsen, og en slik utvidende fortolking vil etter min mening være i strid med EMK artikkel 7.”⁵⁹

Hensynet til effektiv retthåndhevelse må derfor vike for hensynet til borgernes krav på forutberegnelighet.

⁵⁹ Rt. 2009 s.780 avsn. 31

4.3.7 Frifinnelse

De tiltalte ble frifunnet fordi GBL ikke var å anse som derivat av GHB og derfor lovlig å befatte seg med.

4.4 Fenazepam-dommen⁶⁰

4.4.1 Partenes anførsler

De tiltalte ble i Frostating Lagmannsrett frifunnet på bakgrunn av at lagretten mente stoffet fenazepam ikke var derivat etter bestemmelsen i narkotikaforskriften § 2 annet ledds forstand og derfor ikke skulle kontrolleres som narkotika.

Påtalemyndigheten mente lagmannens rettsbelæring bygget på uriktig lovforståelse ettersom det ble lagt til grunn i denne at derivatbestemmelsen bare får anvendelse der det er praktisk mulig å omdanne eller tilbakeføre fenazepam til et stoff på listen. Partene anket saken inn for Høyesterett på grunn av lovanvendelsen under skyldspørsmålet og den ene domfelte anket over bevisvurderingen under skyldspørsmålet.

4.4.2 Sakens problemstilling

Spørsmålet i saken var om fenazepam var å anse som narkotika etter forskriften § 2 annet ledd. Det tilføyes i dommen at partene og de sakkyndige er enige om at fenazepam ikke kan betegnes som *”salt[...] isomer, ester eller eter av stoffer på narkotikalistene.”* Det er derfor eventuelt derivatbegrepet som er hjemmelsgrunnlaget for straffbar befatning med fenazepam.

4.4.3 Fenazepam tilhører gruppen 1,4-benzodiazepiner

Høyesterett identifiserer fenazepam som tilhørende gruppen 1,4-benzodiazepiner, hvor flere av de stoffene som tilhører denne gruppen står på narkotikalistene og er registrert som medikamenter i Norge. I 1,4-benzodiazepin-gruppen finner man for eksempel diazepam,

⁶⁰ HR-2010-00630-A

oksazepam, nitrazepam og klonazepam. Fenazepam er ikke brukt som legemiddel i Norge, men har vært kjent i Russland og andre sovjetstater i over 20 år. De benzodiazepinene som ble trukket frem i saken har en felles grunnstruktur og forskjellen mellom dem var at ulike atomer/atomgrupper var koblet til grunnstrukturen. Benzodiazepiner virker beroligende, avslappende, angstdempende, søvnfremkallende og antiepileptiske, men ved inntak av høyere doser så kan de gi en ruseffekt som minner om alkoholrus. Benyttes benzodiazepiner over en lengre periode kan det føre til avhengighet og toleranseutvikling.⁶¹ Fenazepams kjemiske struktur er meget lik stoffet klonazepam som er oppført på narkotikalistens.⁶² Fordi fenazepam har samme narkotiske virkning som oppførte benzodiazepiner mente Høyesterett at vilkåret som stilles til at derivatforbindelsen må ha lignende rusvirkning som det stoff det anføres avledet fra, jfr. Rt. 2009 s. 780 er oppfylt for fenazepams del.⁶³

4.4.4 En annen problemstilling enn i Rt. 2009 s. 780

Høyesterett legger til grunn at det er lite rettskildemateriale om forståelsen av derivatbegrepet i narkotikaforskriften § 2 annet ledd og at det ikke finnes forarbeider til bestemmelsen. Videre mener Høyesterett at det i Rt. 2009 s. 780 avsnitt 29, fremkommer et generelt utgangspunkt som må legges til grunn. Nemlig det at derivatforbindelsen må være avledet av et stoff på listen ved ombytting av atomer eller atomgrupper, samt har rusvirkning eller ruspotensial. Problemstillingen i denne saken er imidlertid en annen enn problemstillingen i Rt. 2009 s.780. Spørsmålet i denne saken kan derfor ikke løses ved det generelle utgangspunktet angitt i Rt. 2009 s.780.⁶⁴

Problemstillingen er hvorvidt det er slik at fenazepam rent faktisk og praktisk er avledet fra ett av de benzodiazepinene oppført på narkotikalistens. For i motsetning til det som gjelder

⁶¹ HR-2010-00630-A avsnitt 16

⁶² HR-2010-00630-A avsnitt 14 og 15.

⁶³ HR-2010-00630-A avsnitt 19

⁶⁴ HR-2010-00630-A avsnitt18

derivatforbindelsene som omfattes av den andre og den tredje definisjonen under punkt 4.2.3 i denne fremstillingen, er det ikke i Rt. 2009 s.780 oppstilt noe vilkår for derivatforbindelser som omfattes av den første definisjonen, at den skal være lett å avlede fra et stoff på listen. Tolkningsspørsmålet i denne saken, er derfor om det kreves at forbindelsen kan avledes fra et stoff på listen på en praktisk gjennomførbar måte?

4.4.5 Sakkyndige uenige i hva som regnes som derivat i den kjemiske fagterminologi

Høyesterett sier at man også i denne saken må ta utgangspunkt i den kjemiske derivatdefinisjonen jfr. Rt. 2009 s.780. Av de sakkyndiges forklaringer for Høyesterett fremgikk det imidlertid at begrepet ble brukt på forskjellige måter innen kjemien.⁶⁵

- 1) Dels brukes derivatbegrepet for å gi uttrykk for likhet mellom stoffer. Eksempelvis: benzoderivat omfatter alle stoffer som tilhører gruppen benzodiazepiner, herunder fenazepam.
- 2) Dels brukes begrepet om et stoff som er laget, eller avledet, av et annet stoff.

De sakkyndige er uenige i hvilken definisjon av derivat en skal legge til grunn i narkotikaforskriften § 2 annet ledd og Høyesterett bemerker at uenighet vedrørende derivatbegrepet ikke var tilstede under avgjørelsen av Rt. 2009 s.780.⁶⁶

⁶⁵ HR-2010-00630-A avsnitt 20

⁶⁶ HR-2010-00630-A avsnitt 20

4.4.6 Derivatbestemmelsens formål trekkes inn i tolkingen

Formålet med derivatbestemmelsen var å fange opp nye, tidligere ukjente kjemiske forbindelser av stoffer som står på narkotikalistene og som har tilsvarende narkotiske egenskaper som stoffet oppført på listen.⁶⁷

”Formålet med bestemmelsen, nemlig å fange opp nye, tidligere ukjente, kjemiske forbindelser av stoffer som står på narkotikalistene og som har tilsvarende narkotiske egenskaper som stoffet som er oppført på listen, jf Rt. 2009 side 780 avsnitt 24, kan tilsa at man legger den første definisjonen til grunn.”

Hvis man skal legge til grunn den første definisjonen i punkt 4.4.5 vil ”et derivat i § 2 annet ledd forstand [være] et stoff som er i det vesentlige kjemisk likt med et stoff på narkotikalistene.”⁶⁸ Det er denne definisjon av derivat som Statens legemiddel har benyttet seg av tidligere.

4.4.6.1 Høyesteretts tolking av ”derivat **av** et stoff oppført på listen”

Høyesterett uttaler videre at det er et vilkår for at det skal omfattes av begrepet at forbindelsen er et derivat ”**av**” de oppførte stoffer eller droger.

”Ordlyden henviser imidlertid ikke bare til at stoffet skal være et derivat, men at det skal være derivat av et stoff på narkotikalistene. Dette ”av” trekker i retning av at stoffet må være avledet eller laget av et stoff på narkotikalistene.”

Høyesterett mener derfor at ”derivat av” tyder på at det er den andre kjemiske definisjonen av derivat som går frem av dommens avsnitt 20 som må legges til grunn.

⁶⁷ HR-2010-00630-A avsnitt 21

⁶⁸ HR-2010-00630-A avsnitt 21

Dette innebærer at derivatforbindelsen må kunne knyttes opp til et spesifikt stoff på narkotikalistens for å rammes av narkotikaforskriften § 2 annet ledd. Motsetningvis må påtalemyndigheten spesifisere hvilken forbindelse derivatforbindelsen på narkotikalistens er et ”derivat av”.

4.4.7 EMK artikkel 7s krav til derivatbestemmelsen som straffehjemmel

Tolkningen av derivatbegrepet er ifølge Høyesterett ikke opplagt. Høyesterett presiserer at for straffesaker gjelder det imidlertid et strengt lovkrav jfr. EMK art. 7. Siden derivatbestemmelsen i denne saken benyttes som straffehjemmel så ”kreves det større grad av klarhet for hvilke stoff som faller inn under ordlyden, enn det som ellers fordres.”⁶⁹

Høyesterett er enig i den rettsforståelse som er lagt til grunn av rettens leder i rettsbelæringen i lagmannsretten:⁷⁰

”Derivatalternativet i narkotikaforskriften § 2 annet ledd er en straffebestemmelse. Som fremgår bl.a. av Rt. 2009 side 780 avsnitt (20) må bestemmelsen tolkes på bakgrunn av det krav til lovhjemmel som følger av EMK-artikkel 7. Det følger videre av denne dommen at artikkel 7 også stiller krav om at lovbrudd må være klart definert ved rettsregler som er tilgjengelige for allmennheten, og forbyr at straffebestemmelse blir tolket utvidende eller analogisk til skade for tiltalte. For at hjemmelskravet som følger av EMK-artikkel 7, skal være tilfredsstillt, må det fremgå av straffebestemmelsens ordlyd, eventuelt supplert med de presiseringer som måtte følge av rettspraksis, hvilke handlinger eller unnlatelser som rammes. I EMDs praksis er det fremholdt at generelle lovbestemmelser ikke alltid kan være like presise, og at det – for at rettsreglene skal kunne tilpasses samfunnsutviklingen – ofte også er nødvendig og benytte formuleringer som i større eller mindre grad er

⁶⁹ HR-2010-00630-A avsnitt 22

⁷⁰ HR-2010-00630-A avsnitt 24

vage, og hvor det vil oppstå grensespørsmål. For at hjemmelskravet etter EMK artikkel 7 skal være oppfylt, må imidlertid beskrivelsen være så klar at det i de fleste tilfeller ikke er tvil om hvorvidt handlingen omfattes av bestemmelsen.”⁷¹

4.4.8 Høyesterett legger til grunn Frostating Lagmannsretts oppsummering av problemstillingen

I rettsbelæringen i lagmannsretten oppsummeres problemstillingen i saken slik:

”Ingen av de sakkyndige hadde kjennskap til at fenazepam noen ganger rent faktisk og praktisk er dannet [av] klonazepam eller andre benzodiazepiner. (...)

Basert på de sakkyndiges forklaring, må det legges til grunn at det i de ulike fagmiljøer – herunder i kjemien – er ulike oppfatninger i forhold til innholdet i begrepet derivat.

EMK artikkel 7 forutsetter som nevnt at lovbrudd må være klart definert ved rettsregler som er tilgjengelige for allmennheten, og forbyr at straffebestemmelse blir tolket utvidende eller analogisk til skade for tiltalte. Det må som nevnt fremgå avordlyden i en straffebestemmelse supplert med de presiseringer som måtte følge avrettspraksis, hvilke handlinger som rammes som straffbare. For at dette hjemmelskravet skal være oppfylt, må beskrivelsen være så klar at det i de fleste tilfeller ikke er tvil om hvorvidt handlingen omfattes av straffebestemmelsen.”

Basert på den gjennomgang jeg nå har foretatt, og med særlig henvisning til Høyesteretts fortolkning av derivatbegrepet i Rt. 2009 side 780 sammenholdt med de sakkyndiges redegjørelser, kan det ikke fastslås at fenazepam skal anses som narkotika på bakgrunn av en tolkning av derivatalternativet i narkotikaforskriften § 2 annet ledd.”

⁷¹ HR-2010-00630-A avsnitt 23

Høyesterett mener imidlertid at avgjørelsen i Rt. 2009 s. 780 gir begrenset veiledning for denne saken, men lagmannens rettsbelæring gir ikke uttrykk for en uriktig forståelse av EMK artikkel 7s betydning for anvendelsen av narkotikaforskriften § 2 annet ledd på fenazepam.

4.4.9 Hvilken fortolkning av derivat må legges til grunn hvis man tar de krav som EMK artikkel 7 oppstiller i betraktning?

I dommen uttaler Høyesterett følgende

”Stoffet kan – på bakgrunn av de sakkyndiges forklaringer – ikke anses som narkotika hvis § 2 annet ledd tolkes slik at det kreves at fenazepam kan avledes av et stoff på narkotikalistens, ettersom en slik omdanning vil være meget krevende i praksis.”

Av denne uttalelsen følger det at en derivatforbindelse som er avledet fra et stoff på listen og har lignende rusvirkning som den som det ble avledet fra, likevel bare omfattes av derivatbestemmelsen, hvor avledningen fra et oppført stoff er praktisk gjennomførbar. Av dommen Rt. 2009 s. 780 følger det at kravet til at det er praktisk gjennomførbart også gjelder derivatforbindelsene som omfattes av den andre og den tredje definisjonen som opplistet under punkt 4.2.4, ved at det stilles krav om de **”lett kan tilbakeføres eller omdannes til et stoff på listen”**, jfr. dommens avsnitt 29 i.f.

EMK artikkel 7 nødvendiggjør en fortolkning av *”derivat av”* som innskrenker bestemmelsens anvendelsesområde i denne saken til å omfatte de derivatforbindelser med lignende rusvirkning som den ble avledet fra, når denne avledningen er praktisk gjennomførbar. De sakkyndige mente at denne omdanningen i forhold til at fenazepam

skulle være derivat av et benzodiazepin oppført på narkotikalisten, vil være meget krevende i praksis.

Som det fremgår av dommens avsnitt 25

”Derimot ville fenazepam være narkotika i forskriftens forstand hvis begrepet derivat bare stiller krav om likhet mellom fenazepam og et stoff som er oppført på narkotikalistens. Denne siste tolkningen har ikke tilstrekkelig støtte i forskriften – slik denne er formulert – til at den her kan legges til grunn i strafferettslig sammenheng, jf. EMK artikkel 7. Jeg er derfor, i likhet med lagmannsretten, kommet til at det ikke er tilstrekkelig klar hjemmel til å ilegge straff.”⁷²

4.4.10 Frifinnelse

Derivatforbindelsen må kunne avledes fra det stoffet på narkotikalistens som det har lik virkning som gjennom en praktisk gjennomførbar prosess. Når dette ikke gjelder fenazepam gir ikke derivatbestemmelsen tilstrekkelig hjemmel for straff og det er derfor lovlig å befatte seg med fenazepam. De tiltalte ble derfor frifunnet.

4.5 Hvilke materielle krav følger av legalitetsprinsippet og som narkotikaforskriften § 2 annet ledd som straffehjemmel må tilfredsstill

Derivatbestemmelsen er en straffebestemmelse og må derfor være i overensstemmelse med de krav som stilles til straffebestemmelser etter Grl. § 96 g EMK artikkel 7.

I det følgende vil jeg ta for meg de materielle krav som stilles til straffehjemlers innhold som sammenfatningvis omfatter krav til klarhet, forutsigbarhet og tilgjengelighet samt at jeg vil kort redegjøre for forbudet mot analogisk eller sterk utvidende tolkning av straffehjemler.

⁷² HR-2010-00630-A avsnitt 25

4.5.1 Krav til at derivatbestemmelsen skal være klar og forutsigbar

Først vil jeg redegjøre for hvordan kravene forstås etter Høyesteretts fortolkning av Grl. § 96. Deretter vil jeg redegjøre for hvordan kravene forstås etter EMDs fortolkning av EMK artikkel 7.

Kravene til klarhet og forutberegnelighet har blitt utviklet i rettspraksis over lengre tid. I avgjørelsen Rt. 2002 s. 1722 sier førstvoterende at *”Etter mitt syn gir lovteksten til § 48a samanhalden med førearbeida her tilstrekkeleg klar heimel for straff.”* Høyesterett sier her at det er fortolkningen av straffehjemmelen som må være forutsigbar og ikke dens ordlyd alene. Lovgiveren må derfor sørge for å utforme ordlyden i straffebudene slik at de er klare,⁷³ men det finnes likevel begrensninger i hvor klar ordlyden til et straffebud må være.⁷⁴ Hvis hver straffbare handling eller unnlatelse måtte beskrives i detalj ville vi fått en altfor komplisert lovgivning. Straffebestemmelsene ville som følge av ha blitt uoversiktlige og noe som ikke ville ha tjent kravet til forutberegnelighet.⁷⁵

De materielle krav som følger av Grl. § 96 er ikke til hinder for at man i lovgivningen benytter seg av rettslige standarder eller av vage og skjønnsmessige uttrykk ved utforming av ordlyden.⁷⁶ Det kreves likevel at den straffbare handling beskrives på en slik måte at man vet hva som er straffbart. Det stilles først og fremst krav til at straffebudets ordlyd tilfredsstiller det man med rimelighet kan forvente i forhold til klarhet og forutberegnelighet.⁷⁷ Jacobsen mener at kravet til klar ordlyd i stedet burde forstås som et presiseringskrav og at det strafferettslige legalitetsprinsippet fungerer som en skranke mot *”straffelovar med eit (for) upresist meiningsinnhald.”*⁷⁸ Så lenge lovgiver utformer

⁷³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff s. 195

⁷⁴ Strandbakken (2004) Jussens Venner 2004 s.166 se s. 198

⁷⁵ Røstad (1993) s. 67

⁷⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff s. 195

⁷⁷ Strandbakken (2004) Jussens Venner 2004 s.166 se s. 198

⁷⁸ Jacobsen (2009) s. 321

straffebudet i overensstemmelse med dette vil kravet etter Grl. § 96 være oppfylt.⁷⁹ I Grl. § 96 kan man derfor si at er innfortolket et materielt krav om tilstrekkelig klar hjemmel for straff.

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg (EMD) har tolket EMK artikkel 7 slik at det også stilles materielle krav til straff hjemmelen. Domstolen har innfortolket dette kravet ved å henvise til bestemmelsens overordnede formål om å hindre vilkårlig straffeforfølgning og domfellelse.⁸⁰ I saken Kokkinakis v. Greece uttaler Domstolen:

“The court points out that article 7 para. 1 [...] also embodies [...] the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty[...].”

Utgangspunktet i EMDs praksis er at:

“a norm cannot be regarded as ‘law’ unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able [...] to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.”

Slik at en straffehjemmel oppfyller ikke kravet til ”law”, med mindre den er formulert tilstrekkelig presist og klart, sett hen til det som etter omstendighetene er rimelig å kunne forvente.⁸¹ Utgangspunktet modifiseres imidlertid litt, videre i dommen:

“Those consequences need not (be) foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring [...] excessive rigidity and the law must be able to keep up pace with the changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms

⁷⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff s. 194

⁸⁰ Baumbach (2008) s. 247 og saken i Streletz, Kessler and Krenz v. Germany

⁸¹ Sunday Times vs. The United Kingdom

which [...] are vague and whose interpretation and application are questions of practice.”

Behovet for å kunne tilpasse reglene etter samfunnsutviklingen berettiger derfor bruk av vage ord og uttrykk. Straffelovgivningen kan således benytte seg av skjønnsmessige bestemmelser uten å være i strid med EMK artikkel 7, men som det følger av EMDs rettspraksis, bare så fremt det angis en viss begrensning i skjønnets omfang. Dette kommer frem av saken *Silver and Others v. The United Kingdom* hvor det er lagt til grunn at

”[...]A law which confers a discretion must indicate the scope of that discretion.”

En straffebestemmelse er heller ikke i strid med EMK artikkel 7 selv om det er påkrevd med tolkning for å forstå hvilke handlinger etter bestemmelsen som kan medføre straffansvar. I saken *Kokkinakis v. Greece* uttaler EMD at

”This condition is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts’ interpretation of it, what acts and omissions will make him liable”.

Saken *Cantoni v. France* handlet om hvorvidt definisjonen av medisinske produkter i en fransk lov var for upresis og overlot for stort skjønn til domstolene til at den oppfylte kravet til forutberegnelighet etter EMK artikkel 7. Domstolen uttaler at

“A law may still satisfy the requirement of foreseeability even if the person concerned has to take appropriate legal advice to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.”

Etter denne dommen er det ikke i strid med EMK at man er nødt for å oppsøke juridisk hjelp for å forstå hvor langt en straffehjemmel strekker seg i forhold til hvilke handlinger som er straffbare.

Det at rettspraksis videreutvikler *"the law"* slik at rettstilstanden endres er heller ikke i strid med EMK artikkel 7.⁸² I saken S.W. v. The United Kingdom hadde rettstilstanden blitt endret gjennom rettspraksis. En gammel immunitetsregel fra 1700-tallet hadde blitt fraveket gjennom rettspraksis slik at man likevel kunne straffes for voldtekt av sin ektefelle. EMD uttalte at

"However clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaption to changing circumstances.[...] Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability, throughout interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen".

Men når er utviklingen i strid med *"the essence of the offence"* og hva skal til for at utviklingen er *"reasonably [...] foreseen"*? Dette kommer klarere frem i punkt 4.4.3.

Aall har kommet med innvendinger mot denne gradvise klargjøringen av straffebestemmelser som skjer gjennom rettspraksis, men mener at innvendingene

"gjør seg gjeldende med størst styrke i forhold til de første dommer. Når de første dommene er falt utgjør disse sammen med lovteksten ett tilstrekkelig varsel til at de anklagede i senere saker kunne ha innrettet seg og dermed ha unngått straffeforfølgning."

⁸³

⁸² S.W. v. The United Kingdom og C. R v. The United Kingdom

⁸³ Aall (1995) s. 282

4.5.2 Krav til at derivatbestemmelsen er tilgjengelig - "*Adequately accessible*"

Tilgjengelighetskravet ble først antatt av EMD i saken *Sunday Times v. The United Kingdom* og har blitt opprettholdt i EMDs rettspraksis siden.⁸⁴ Hensynet til forutberegnelighet krever at

"the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case."

Tilgjengelighetskravet kan ifølge Skjerdal bety to ting; *enten* fysisk tilgjengelighet for eksempel offentliggjøring (faktisk tilgjengelighet) *eller* muligheten til å forstå rettsgrunnlagets innhold (materiell tilgjengelighet).⁸⁵ Fysisk tilgjengelighet eller offentliggjøring av straffehjemler medfører ikke nødvendigvis at man forstår dens materielle innhold. Siden man i følge EMD kan kreve at man tolker regelen for å finne ut hva som er straffbart, må nok tilgjengelighetskravet også gjelde i forhold til offentliggjøring av dommer. Uten tilgang til rettspraksis' fortolkning vil man ikke kunne forutsi sin rettlige stilling på en måte som kan kreves etter EMK artikkel 7, jfr. *Cantoni v. France*.

Tilgjengelighetskravet henger sammen med kravet til forutberegnelighet ved at man har krav på å vite hva slags konsekvenser ens handlinger medfører. Uten en tilgjengelig staffebestemmelse kan man heller ikke forutberegne "*the consequences which a given action may entail*" jfr. *Cantoni v. France*. Ut fra dette hensynet må en hjemmel være både faktisk og materielt tilgjengelig for å oppfylle tilgjengelighetskravet etter EMDs rettspraksis.

⁸⁴ Eksempelvis *S.W v. The United Kingdom* og *C. R v. The United Kingdom*

⁸⁵ Skjerdal (1998) s. 40

4.5.3 Forbudet mot analogisk eller utvidende tolkning av derivatbestemmelsen

Behandlingen av dette kravet faller egentlig utenfor problemstillingen, men jeg mener det interessant å ta med i og med at kravene til klarhet, forutsigbarhet og tilgjengelighet henger tett sammen med forbudet mot analogisk fortolkning av straffebud.

Forbudet mot sterkt utvidende eller analogisk tolking er knesatt gjennom EMDs fortolkning av EMK artikkel 7 og gjelder ifølge menneskerettsloven § 2 som norsk rett. I den tidligere omtalte saken *Kokkinakis v. Greece* uttalte Domstolen:

”the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused’s detriment, for instance by analogy; it follows from this that an offence must be clearly defined in law.”

Dersom ordlyden passer dårlig på et tilfelle, øker kravet til sterke holdepunkter i andre rettskildefaktorer for at man skal likevel anvende bestemmelsen.⁸⁶ Forbudet retter seg kun mot sterkt utvidende eller analogisk tolking hvor dette er til skade for tiltalte.⁸⁷ Forbudets begrunnelse er at hvis domstolene gis for stor frihet ved fortolkningen, reduseres borgernes mulighet for å kunne innrette seg etter det som fremgår av ordlyden.⁸⁸ Rettsanvenderen kan derfor bare belegge en handling med straff dersom den ”[...] i tilstrekkelig grad faller inn under lovens ordlyd.”⁸⁹

I saken *S.W. v. The United Kingdom* uttalte EMD at EMK artikkel 7 ikke er til hinder for at rettspraksis spiller en rettsutviklende rolle. Dersom man ved fastleggingen av en

⁸⁶ Ot. prp. nr. 90 (2003- 2004) Om lov om straff s. 195

⁸⁷ Følger blant annet av Rt. 1978 s. 533

⁸⁸ Strandbakken (2004) Jussens Venner 2004 s.166 se s. 202

⁸⁹ Ot.prp. nr 90 (2003-2004) Om lov om straff s.194

straffebestemmelses innhold benytter seg av analogisk eller sterkt utvidende tolking så går man likevel utenfor det som EMD aksepterer av rettpraksis' rolle, fordi rettsutviklingen ikke lenger gjør at straffebudet er "*consistent with the essence of the offence and could be reasonably be foreseen.*" Analogisk og sterkt utvidende tolking strider derfor mot forutberegnelighetskravet som gjelder etter EMDs fortolkning av EMK artikkel 7.

4.5.4 Rettsvillfarelse som en konsekvens av uklar og uforutsigbar lovhjemmel

I angloamerikansk rett har man et prinsipp som kalles for "*The thin-ice principle*". Prinsippet er formulert slik av Lord Morris i saken Knuller v. DPP:

*"Those who skate on thin ice can hardly expect to find a sign which will denote the precise spot where they may fall in."*⁹⁰

Andenæs har uttalt at et lignende hensyn foreligger i norsk strafferett.

*"Det må være tilstrekkelig advarsel at likefrem lesing av loven må vekke tvil om dens forståelse. Da har borgerne mulighet til å innrette seg slik at de er på lovens sikre side. Noen beskyttelsesverdig interesse i å kunne balansere på lovens grense, har de sjeldent."*⁹¹

Prinsippet bygger på det samme som følger av regelen om rettsvillfarelse i strl. § 57.

Dersom en person har vært i rettsvillfarelse om bestemmelsens eksistens eller misforstått dens rettslige regulering⁹², og villfarelsen ikke er aktsom skal vedkommende likevel straffes for overtredelse av straffebudet. En person som blir tiltalt for overtredelse av strl. § 162 kan tenkes å anføre rettsvillfarelse i forhold til stoffets beskaffenhet som narkotika, og at villfarelse er i forhold til at stoffet regnes som derivat etter narkotikaforskriften § 2 annet

⁹⁰ Jacobsen (2009)s. 322

⁹¹ Andenæs (2004) s. 116

⁹² Norsk lovkommentar til strl. § 57 ved Magnus Matningsdal www.rechtsdata.no

ledd. Villfarelsen kan skyldes at bestemmelsen er uklar eller uforutsigbar med hensyn til hvilke stoffer som omfattes av derivatbegrepet i narkotikaforskriften § 2 annet ledd. Tiltalte må imidlertid kunne bevise at villfarelsen i forhold til stoffets beskaffenhet som narkotika var aktsom. Hvis ikke vedkommende var utviste aktsomhet i forhold til rettsvillfarelsen kan vedkommende dømmes for uaktsom overtredelse etter Strl. § 162 fjerde ledd.

4.6 Er derivatbestemmelsen i overensstemmelse med legalitetsprinsippet?

Det er bestemmelsen i narkotikaforskriften § 2 annet ledd slik den har blitt fastlagt av Høyesterett som skal vurderes i forholdt til legalitetsprinsippet. I Rt. 2009 s. 780 og HR-2010-00630-A har Høyesterett funnet grunn til å tolke bestemmelsen innskrenkende, for ikke å være i strid med EMK artikkel 7.

4.6.1 En oppsummering av Høyesteretts rettspraksis

Først vil jeg gi et kort sammendrag av det som følger av Høyesteretts tolking og fastlegging av derivatbegrepet i rettspraksis.

I Rt. 2009 s. 780 fortolket Høyesterett derivatbegrepet og tok utgangspunkt i den kjemiske definisjonen som ble lagt til grunn av den sakkyndige. Etter denne avgjørelsen så er en forbindelse derivat i narkotikaforskriften § 2 annet ledds forstand dersom den er avledet fra et stoff på narkotikalistens ved ombytting av atomer eller atomgrupper, og dessuten har rusvirkning lik som den forbindelsen den ble avledet fra, eller lett kan tilbakeføres eller lett omdannes til et stoff på narkotikalistens. Derivatbegrepet i bestemmelsen har gått fra å ha en rent kjemisk definisjon til å ha en rettslig definisjon og man kan si at derivatbegrepet har blitt rettsliggjort av Høyesterett.

Det at en forbindelse omfattes av derivatbegrepet slik det defineres i kjemien er derfor ikke lengre tilstrekkelig for å straffes etter narkotikaforskriften § 2 annet ledd. Det følger av

denne dommen at dersom man skulle ha ilagt straff for befatning med GBL etter derivatbestemmelsen etter Høyesteretts fortolkning, ville man ha lagt til grunn en sterkt utvidende tolkning av bestemmelsen i strid med EMK artikkel 7. Fordi GBL ikke falt inn under derivatbegrepet, frifant Høyesterett de tiltalte for befatning med GBL.

Det følger videre av HR-2010-00630-A at bestemmelsen i narkotikaforskriften § 2 annet ledd krever at forbindelsen må være avledet fra et stoff på listen. Avledningen fra et stoff på narkotikalistens må være praktisk gjennomførbar for å gå inn under narkotikaforskriften § 2 annet ledd. Dette innebærer at det ikke er tilstrekkelig at derivatforbindelsen bare teoretisk kan avlede fra et stoff på narkotikalistens. Det kan stilles spørsmål om det her ligger et krav om at den forbindelse eller gruppe forbindelse derivatforbindelsen påstås avledet fra, må spesifiseres ved å navngi den forbindelse(er) som er oppført på narkotikalistens.

4.6.2 Tilfredsstiller derivatbestemmelsen kravene til klar, forutsigbar og tilgjengelig straffehjemmel?

Derivatbestemmelsens ordlyd sier ikke mer enn at ” *derivat av stoff på listen [...] regnes også som narkotika.* ” En viss veiledning i forhold til hvilke forbindelser som narkotikaforskriften § 2 annet ledd er ment å ramme, får man ved å ta utgangspunkt i det kjemiske derivatbegrepet. Imidlertid legger man til grunn at derivatbegrepet slik det står i narkotikaforskriften § 2 annet ledd tilsvarer det kjemiske derivatbegrepet, vil bestemmelsen omfatte uendelig mange forbindelser jfr. drøftelsen ovenfor under punkt 4.2 om det kjemiske derivatbegrepet. Det medfører at bestemmelsens ordlyd fremstår som uklar, uforutsigbar og utilgjengelig i strid med EMK artikkel 7.

En straffehjemmel må være ” *adequately accessible* ” slik at borgeren får passende varsel om hvilke straffebud som kommer til anvendelse ved ett gitt tilfelle, jfr. Sunday Times v. The United Kingdom. Plikten til å offentliggjøre lover og forskrifter i norsk rett følger av lov av 10. februar 1967 § 38 1.ledd c og § 39 jf. lov av 19. juni 1969 nr. 53 § 1 1.ledd litra

e. Prinsippet om offentliggjøring av lover og forskrifter håndheves strengt av norske domstoler.⁹³ Ved å søke i lovdatas databaser kan man enkelt finne narkotikaforskriften og dens tilhørende narkotikaliste. Det innebærer at preparater, stoffer og droger som står oppført på listen er tilgjengelig for allmennheten og man kan tilpasse seg slik at man ikke befatter seg med dem.

Selv om derivatbestemmelsen står i narkotikaforskriften § 2 annet ledd er det ikke dermed sagt at det er tilgjengelig ut fra dens ordlyd hvilke kjemiske forbindelser som anses som derivat og som reguleres som narkotika. Sett ut fra ordlyden fremstår det derfor som mer usikkert hvorvidt tilgjengelighetskravet kan sies å være oppfylt for derivatbestemmelsens del.

Ved fastsettelsen av hvilke stoffer man straffritt kan befatte seg med kan man imidlertid ikke bare ta straffehjemmelens ordlyd i betraktning. EMK artikkel 7 fungerer ikke som et forbud mot tolking, jfr. Kokkinakis v. Greece, slik at også rettspraksis må trekkes inn ved tolkingen av hvilke forbindelser som rammes og ikke.

Etter Høyesteretts fortolking av bestemmelsen i narkotikaforskriften § 2 annet ledd vil derivatbegrepet i narkotikaforskriften § 2 annet ledd, få anvendelse på forbindelser som er

- 1) *avledet fra et stoff på narkotikalistens* og de er
- 2) *avledet fra dette stoffet ved ombytting av atomer eller atomgrupper* og de
- 3) *har selv har en lignende rusvirkning* som det stoff på listen de er avledet fra, eller *har ruspotensiale* i og med at de tilbakeføres eller omdannes til et stoff på listen og
- 4) *Prosessen er praktisk gjennomførbar*, det vil si rent faktisk og praktisk avledet fra et stoff på listen, eller *lett kan tilbakeføres/omdannes* til et stoff på listen

⁹³ Skjerdal (1998) s. 41

De kriteriene som fremkommer av Høyesterettspraksis er kumulative. Det innebærer at dersom en forbindelse mislykkes i å oppfylle ett av kriteriene, er forbindelsen ikke et derivat i bestemmelsens forstand og derfor også lovlig å befatte seg med.

Som redegjort for ovenfor innvendte Aall seg mot denne gradvise klargjøringen av straffehjemler gjennom rettspraksis. Imidlertid er klargjøringen først og fremst betenkelig i de første sakene og etter hvert vil vanligvis ordlyden sammenholdt med rettspraksis utgjøre tilstrekkelig varsel i forhold til hva som er straffbart og ikke.⁹⁴ I og med at de tiltalte ble frikjent i Høyesterett har de heller ikke blitt skadelidende av utviklingen i rettspraksis. Det kan spørres om det ville ha stilt seg annerledes dersom Høyesteretts fortolkning hadde funnet grunn til å anvende derivatbestemmelsen og domfelt de tiltalte.

Derivatbestemmelsen har nå gjennom de to dommene blitt fortolket og det er mer klart hva som omfattes av bestemmelsen, enn det som kun følger av bestemmelsens ordlyd.

Kan man nå si at man har fått en regel i narkotikaforskriften § 2 annet ledd som tilfredsstiller de krav som følger av legalitetsprinsippet med hensyn til at den skal være klar, forutsigbar og tilgjengelig? Med andre ord kan man etter Høyesteretts fortolkning si at det er forutsigbart og tilgjengelig hvilke stoffer som rammes av derivatbestemmelsen?

Det er ikke i strid med legalitetsprinsippet å kreve at man oppsøker en jurist for å avgjøre hvordan derivatbestemmelsen skal fortolkes jfr. *Cantoni v. France*. Det følger av denne avgjørelsen at

”A law may still satisfy the requirement of foreseeability even if the person concerned has to take appropriate legal advice to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.”

⁹⁴ All (1995) s. 282

Imidlertid i henhold til EMDs fortolkning av EMK artikkel 7 kreves det at en straffehjemmel fremstår som tilstrekkelig klar i de aller fleste tilfeller. Hvis ikke vil den være i strid med EMK artikkel 7, jfr. *Cantoni v. France*.

En jurist kan informere om hvordan bestemmelsen tolkes i rettspraksis. Vedkommende kan fortelle en klient hvilke forbindelser som generelt sett omfattes av bestemmelsen i narkotikaforskriften § 2 annet ledd. Imidlertid stopper juristens ”*evne*” til å gi råd til en klient ved at han kan gjøre rede for selve reglen slik den fremgår av Høyesteretts fortolkning, herunder at forbindelsen må være avledet fra et stoff på listen, avledningen må skje ved ombytting av atomer eller atomgrupper, avledningen må ha en rusvirkning lik den som den forbindelse den ble avledet av har, eller ruspotensiale i og med at den kan lett tilbakeføres omdannes til et stoff på listen og dette er praktisk gjennomførbart.

Hvorvidt bestemmelsen får anvendelse på den konkrete forbindelse som de som rådfører seg befatter seg med, ligger utenfor det som en jurist kan opplyse om, fordi det kreves innsikt i kjemi for å avgjøre dette. Hvorvidt bestemmelsen får anvendelse, avhenger derfor av hva en sakkyndig person mener og man kan si at selve lovanvendelsen beror på om en sakkyndig sier forbindelsen oppfyller kriteriene som følger av rettspraksis.

I det praktiske liv ville man nok ha løst dette ved å rådgi klienten til å ikke befatte seg med forbindelser man er usikker på omfattes av derivatbestemmelsen. Likevel kan det tenkes at det finnes forbindelser som man kan ha en legitim interesse i å befatte seg med, for eksempel innenfor industri eller lignende.

I en rettssak vil det bli oppnevnt en sakkyndig som kan redegjøre for om forbindelsen oppfyller de kriteriene lagt til grunn i rettspraksis og om forbindelsen i det konkrete tilfellet faller inn under Høyesteretts fortolkning av bestemmelsen. Men det følger av EMK artikkel 7 at en straffehjemmel og følgelig også derivatbestemmelsen, skal være tilstrekkelig klar i de aller fleste tilfeller, slik at man kan unngå å befatte seg med straffbare forbindelser som omfattes av den.

Vil derivatbestemmelsen fremstå som tilstrekkelig klar i de aller fleste tilfelle dersom det fordrer, ikke bare at man tar kontakt med en jurist i forhold til hvordan reglen skal forstås, men i tillegg at man tar kontakt med en sakkyndig innenfor kjemi som må avgjøre om det konkrete stoffet faller inn under derivatbestemmelsen? Denne problemstillingen har imidlertid ikke vært oppe i rettspraksis og må derfor anses for å være uavklart i forhold til legalitetsprinsippet.

5 Rettspolitiske betraktninger

5.1 Fagmiljøet er kritisk til bruk av det kjemiske derivatbegrepet i narkotikalongivningen

Som vist ovenfor i punkt 4.2 er ikke derivatbegrepet innen kjemien entydig definert. Det har derfor i fagmiljøet vært uenigheter hvorvidt begrepet egner seg til bruk i lovgivning og da spesielt i strafferetten. Kritikken går generelt på hvorfor begrepet derivat benyttes, når begrepet selv ikke er entydig. Flere kjemikere mener at begrepet defineres ulikt avhengig av hvem man henvender seg til og dette medfører en tilfeldig forvaltning av hvilke forbindelser som er å regne for derivat etter bestemmelsen i narkotikaforskriften § 2 annet ledd.

En situasjon som kan oppstå på grunn av at begrepet ikke er entydig definert, er at et stoff som karakteriseres av Statens legemiddelverk som derivat, ikke karakteriseres som det av kjemikerne på Kripos.⁹⁵ Slik Bønes forklarer, er situasjonen slik at

*”det kan være noe tilfeldig hva den enkelte aktør eller den enkelte kjemiker har av oppfatninger om begrepet, hvilke stoffer som vurderes, hvilke omstendigheter og til hvilke tider begrepet har vært benyttet. Syntesemulighetene i dag anses å være mer sofistikerte enn for flere tiår siden. Dette har hatt som følge at det ofte har knyttet seg stor usikkerhet til om nye, påviste stoffer her i landet kan anses som derivater av stoffer på narkotikalistene.”*⁹⁶

Til de opplistede definisjonene under punkt 4.2 i fremstillingen mener Sivilingeniør i kjemi Tormod Bønes ved Kripos at flere av disse betrakter derivat som et metodisk begrep og at derivatbegrepet ikke er ment å være egenskapsbeskrivende, slik som det følger av den definisjon som Statens legemiddelverk har lagt til grunn.

⁹⁵ Lagt til grunn av sakkyndig Tormod Bønes i Høyesterettssaken 08.04.10

⁹⁶ Sakkyndig uttalelse utarbeidet av Tormod Bønes i LR- 2009-94180

Det er mulig at derivatbegrepet i det kjemiske fagmiljøet har en videre definisjon og derfor også anvendelsesområde, enn det som var tilsiktet i narkotikaforskriften § 2 annet ledd. Når det ikke finnes forarbeider til narkotikaforskriften blir det imidlertid vanskelig å se hvilke forbindelser som Helsedirektoratet i sin tid ønsket å ramme av bestemmelsen.

I sin sakkyndiguttalelse i saken LR-2009-94180 i Frostating Lagmannsrett sier Bønes at

”Derivatbegrepet ble innplassert i narkotikaforskriften av 30.06.78 som et helt nytt begrep, mens det i internasjonale konvensjoner ikke er benyttet verken før eller siden i noen sammenheng. De tre øvrige begrep (isomere, estere og etere) er innplassert i narkotikakonvensjonen av 1961. Verken derivat eller de øvrige kjemiske betegnelsene er definerte i narkotika- eller dopingforskriften. Vi vil derfor måtte legge til grunn den vanlige kjemiske språkbruk som legges i derivatbegrepet og/eller hva de vitenskapelige definisjoner sier om disse.”

Han mener man i den kjemiske definisjonen må legge til grunn det som kalles for den språklige tradisjon. Han mener at det innebærer at man må legge til grunn den definisjon som Mostad har gitt uttrykk for i den første definisjonen som følger av punkt 4.2, nemlig at derivat er *”En forbindelse A laget av en annen forbindelse B gjennom én praktisk gjennomførbar prosess.”* Denne definisjonen er langt på vei i samsvar med det som følger av Høyesteretts fortolkning i Rt. 2009 s. 780 og HR-2010-00630-A, foruten at den ikke oppstiller noe krav til rusvirkning eller ruspotensiale. Det skyldes at det i den rettslige derivatdefinisjonen i narkotikaforskriften § 2 annet ledd er innfortolket en formålsbegrensning i forhold til at regelen skal fungere som *”sikkerhetsventil”*.

I en sak i Frostating Lagmannsrett i desember 2009 trakk én av de sakkyndige seg fra oppdraget som innebar å avgjøre om stoffet fenazepam kunne være et derivat med følgende forklaring sendt retten:

”Jeg vil med dette skriftlig informere om at jeg føler at jeg ikke kan opplyse retten i tilstrekkelig grad i forhold til derivatbestemmelsene, og at jeg således ikke vil avgi noen sakkyndighetserklæring vedrørende dette temaet i straffesak A.”⁹⁷

Dette kan indikere at det ikke alltid er like lett selv for en sakkyndig å avgjøre hvorvidt et stoff er et derivat. Her kan det trekkes paralleller til det som kommer frem av SOU 2008:120 ovenfor under punkt 2.2, hvor det sies at det er vanskelig å legitimere bruk av en analogisk klassifiseringsmetode når man innenfor den kjemiske fagkrets ikke er enige om hva som er tilstrekkelig for at en forbindelse skal ses som analog av en annen forbindelse. Når det råder såpass stor uenighet innad i det kjemiske fagmiljøet, kan det spørres om den vanlige borger kan rimeligvis forutberegne sin rettslige stilling ut fra derivatbegrepet i narkotikaforskriften § 2 annet ledd.

5.2 Kritikk av GBL- dommen

Dommen i Rt. 2009 s. 780 som legger til grunn det kjemiske derivatbegrepet, kritiseres av Professor John Sigurd Svendsen ved Kjemisk institutt ved Universitetet i Tromsø og Professor Emeritus ved Kjemisk Institutt ved Universitetet i Oslo Einar Uggerud. I sin artikkel i Lov og Rett skriver de at: *“Begrepet derivat, som kommer fra organisk kjemi, er veldefinert, men romslig, og domstolen har blant annet støttet seg til den lite omstridte definisjonen i Store norske leksikon[...]*”⁹⁸ Det er for øvrig Professor Uggerud som er forfatter av Store norske leksikons definisjon av derivat.

Høyesterett bruker definisjonen i Store norske leksikon som et utgangspunkt for å finne frem til den naturlige språklige forståelse noe som er uproblematisk i norsk rett. Da Høyesterett må forholde seg til de norske straffebestemmelers ordlyd, og lovgiver har

⁹⁷ LF-2009-94180

⁹⁸ Svendsen og Uggerud (2010) Juss, semantikk og kjemi i Lov og Rett nr. 3 s. 171

benyttet seg av et vagt begrep må derivatbegrepet fastlegges gjennom tolkning slik at man får en rettslig definisjon av det. Videre sier de at:

”Vi mener imidlertid at Høyesteretts tolking av derivatbegrepet i relasjon til GBL er semantisk snarere enn kjemisk, for snever og ufullstendig fordi narkotikaforskriften § 2 eksplisitt nevner estere og etere av stoffene listen som narkotika. Dette blir ikke diskutert i dommen.”

Høyesteretts rolle er ikke å fastlegge hva som man kjemisk sett skal forstå med derivat, riktignok vil det spille en rolle i forhold til at det er det Høyesterett tar utgangspunkt i, men først og fremst skal de fortolke bestemmelsen og gi derivatbegrepet slik det står i narkotikaforskriften § 2 annet ledd et rettslig innhold. Her har kritikerne ikke tatt høyde for at Høyesterett må ta hensyn til de krav som følger av EMK artikkel 7 ved fastleggingen av derivatbegrepet i narkotikaforskriften og at det er grunnen til at den rettslige definisjonen er mer snever enn det som følger at det rent kjemiske derivatbegrepet.

De kritiserer også i tillegg at Høyesterett ikke har sett at GBL kan omfattes av et av de andre kjemiske begrepene i narkotikaforskriften § 2 annet ledd.

”Tvert imot angir Høyesterett at GBL ikke er avledet av GHB ved ombytting av atomer og atomgrupper. Kjemisk sett er det et faktum at laktonet GBL er en ester av GHB, og at GBL kan avledes av GHB ved ombytting av atomer og atomgrupper. Laktoner er nemlig et annet ord for indre (sykliske) estere. I SNL-artikkelen om laktoner er faktisk GBL nevnt som eksempel.”

Til dette bemerkes det at i den påfølgende saken for Høyesterett i HR- 2010-00630-A ble tatt standpunkt til om fenazepam falt inn under ett av de andre begrepene i narkotikaforskriften § 2 annet ledd. Høyesterett har med andre ord tatt til seg den kritikken som fremkommer på dette punkt i artikkelen.

Professorene understreker at på grunn av at man må ta hensyn til at regelen skal fremstå som klar og forutsigbar er det ikke

”I norsk rett er det [...] tilstrekkelig at en forbindelse har liknende kjemiske struktur med et stoff på narkotikalistene, den må i seg selv ha narkotisk effekt. Dette er et prinsipp som er viktig for rettssikkerheten, fordi forbindelser med små forskjeller i kjemisk struktur kan ha store forskjeller i fysiologisk virkning, som i tilfellet med morfinderivatene heroin og kodein. [...] I tilfellet med GBL og GHB tyder imidlertid mye på at den nære kjemiske likheten også gjenspeiler seg i virkningen, fordi GBL omdannes til GHB i kroppen både ved hjelp av et enzym og under påvirkning av magesyren.”

I dommen Rt. 2009 s.780 begrenser Høyesterett derivatbegrepet ved å legge til grunn at det ved dets anvendelse gjelder en forutsetning om at forbindelsen har rusvirkning eller ruspotensiale. EMK artikkel 7 nødvendiggjør en slik tolking av derivatbegrepet.

5.3 Riksadvokatembetets presiseringsforslag

Riksadvokaten sendte i 2007 Justisdepartementet et forslag om endring av derivatbestemmelsen som gikk ut på å presisere *derivat*-begrepet i narkotikaforskriften § 2 annet ledd.⁹⁹ Forslaget ble blant annet sendt til Kripos og Riksadvokaten ba om svar på følgende: *”Er derivatregelen og tillempingen av den rettssikker, forutsigbar, innenfor normale rettsikkerhetsgarantier og et vitenskaplig presist begrep. Hvis derivatregelen, slik den er formulert i dag ikke er en hensiktsmessig måte å regulere straffbare handlinger på, hvilke alternative reguleringsmåter finnes?”*

Kripos svarte at bestemmelsen på den ene siden har vært et viktig hjelpemiddel for å kunne regulere straffbare handlinger og ønsket at den ikke avskaffes. På den andre siden mente de

⁹⁹ Derivatregelen i forskrift om narkotika- forslag om presisering fra Riksadvokaten 19.03.07

det var lett å hevde at presisjonsnivået i *derivatbegrepet* ikke er godt nok og konkluderer med at *”det er ikke sikkert at fordelene med å kunne ”fange opp” nye rusmidler berettiger det lave presisjonsnivået.”* Kripos foreslo derfor en ny formulering av § 2 annet ledd i narkotikaforskriften slik at bare enkle derivater med euforiserende eller rusfremkallende virkning omfattes.

Riksadvokaten mener, uttalelsene fra Kripos og Folkehelseinstituttet tatt i betraktning, at det er ønskelig med en mer presis utforming av derivatbestemmelsen, og er enige i forslaget fra Kripos om å endre § 2 annet ledd i narkotikaforskriften. Riksadvokaten trekker også frem at det under enhver omstendighet er viktig at narkotikalistene oppdateres hyppig. Da norsk rett bygger på opportunitetsprinsippet innebærer det at i de tilfeller hvor påtalemyndigheten ikke mener det er gode grunner for en domfellelse vil de heller ikke ta ut tiltale.¹⁰⁰ En slik situasjon kan tenkes hvor påtalemyndigheten mener at det er svært usikkert om et stoff er et derivat i henhold til narkotikaforskriften § 2 annet ledd. Det kan hende dette er en av grunnene til at det bare er ett tjuetalls dommer i norsk rettspraksis angående straffbar befatning med derivater.

¹⁰⁰ Riksadvokaten rundskriv nr. 6 (1989)

5.4 Like stort behov for en "sikkerhetsventil" i dag?

5.4.1 Det europeiske system for utveksling, risikovurdering og kontroll

Europarådet har innført et trestegsprogram for hvordan man håndterer nye psykoaktive stoffer på det europeiske markedet.¹⁰¹ Umiddelbart etter at et nytt stoff oppdages, settes det under overvåkning. Detaljert informasjon om stoffets produksjon, trafikk og bruk sendes fra EU- og EØS-medlemsstatene til EMCDDA og EUROPOL. Dersom informasjonen som fremskaffes tilsier at en burde underlegge stoffet en mer grundig undersøkelse blir det utformet en såkalt "*Europol - EMCDDA Joint Report*" som legges frem for Europarådet, Europakommisjonen og European Medicines Agency. Rapporten skal inneholde blant annet en kjemisk beskrivelse og det navn hvorunder stoffet er kjent, dets utbredelse, fremstillingsmåte, helsemessige og sosiale skadevirkninger, om FN-systemet har vurdert stoffet og om det allerede er kontrollert som narkotika av ett av medlemslandene.¹⁰²

Basert på denne rapporten kan flertallet av Europarådets medlemmer sette stoffet under det som kalles for "*risk assessment*."¹⁰³ Risikovurderingen følger strenge retningslinjer utarbeidet av Europarådet, for å oppnå en likhetlig vurdering av hvert enkelt stoff.¹⁰⁴ Etter en slik risikovurdering kan et kvalifisert flertall av Europarådets medlemmer på initiativ fra Europakommisjonen bestemme at stoffet skal kontrolleres som narkotika. Dersom det bestemmes at stoffet skal kontrolleres må medlemsstatene innen et år ha foretatt de nødvendige kontrolltiltak som følger av Europarådets beslutning.¹⁰⁵

Da bestemmelsen i narkotikaforskriften § 2 annet ledd ble innført i 1978 fantes det ikke et like organisert samarbeid mellom land i Europa som i dag. Det internasjonale samarbeidet gjør at argumentene for en "sikkerhetsventil" får mindre slagkraft. Stort sett vil stoffer

¹⁰¹ Council Decision 2005/387/JHA of 10th of May 2005

¹⁰² <http://www.emcdda.europa.eu/drug-situation/new-drugs> 06.04.10

¹⁰³ <http://www.emcdda.europa.eu/drug-situation/new-drugs> 06.04.10

¹⁰⁴ Risk assessment of new pshycoactive substances – operating guidelines march 2010

¹⁰⁵ <http://www.emcdda.europa.eu/drug-situation/new-drugs> 06.04.10

være kjent ute i Europa lenge før det kommer til det norske markedet. Det innebærer at man får bedre tid til å sette stoffet på narkotikalistens enn det man kanskje hadde før. Behovet for en *"sikkerhetsventil"* som skal omfatte nye ukjente stoffer synes å være vesentlig mindre i dag enn for 30 år siden.

5.4.2 Har bestemmelsen blitt en "sovepute"?

Derivatbestemmelsen skal fungere som en *"sikkerhetsventil"* som omfatter nye, tidligere uoppdagede stoffer. Det følger av selve begrepet at ordningen skal være midlertidig og alle stoffer som rammes skal kunne oppføres på narkotikalistens. Prosessen med å vedta å føre nye stoffer på listen er verken særlig komplisert eller tidkrevende. Eksempelvis tok det i mars 2010 kun 22 dager fra et forslag om å få oppføre nye stoffer kom, til stoffene ble vedtatt oppført på narkotikalistens.¹⁰⁶

Bakgrunnen for oppføringen var at man fikk to dommer som sa at verken GBL eller fenazepam var derivat i narkotikaforskriften § 2 annet ledds forstand. Stoffet fenazepam ble kjent i Norge for første gang i 1993 og fra 2003 har man hatt større og større beslag.¹⁰⁷ Det synes noe uheldig at myndighetene venter så lenge med å oppføre stoffer på narkotikalistens når bestemmelsens klare anvendelsesområde er å være en *"sikkerhetsventil."*

Kritikken mot Statens legemiddelverk har kommet fra flere hold blant annet Kripos og flere advokater: Er det nødvendig å vente på at domstolene frikjenner for at Statens legemiddelverk fører stoffet opp på narkotikalistens? Har bestemmelsen gått fra å fungere som *"sikkerhetsventil"* til en *"sovepute"*?

¹⁰⁶ Endring av narkotikalistens 24.03.10.

¹⁰⁷ Sakkyndig Tormod Bønes i HR-2010-00630-A.

5.5 Gjenåpning av straffesaker hvor den domfelte har hatt befatning med derivat

Lov om rettergang i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25 kap. 27 regulerer gjenopptakelse av straffesaker. Det følger av Strpl. § 389 1.ledd at *”En sak som er avgjort ved rettskraftig dom, kan etter begjæring av en part, gjenåpnes til ny prøving når vilkårene i §§ 390- 393 foreligger.”*

Det er videre i strpl. §§ 390 til 393 opplistet grunnene til å ta begjæring om gjenåpning til følge. I saker hvor tiltalte er domfelt for befatning med et derivat av et stoff på narkotikalisten, og det i ettertid kommer en Høyesterettsdom som bestemmer at stoffet likevel ikke er et derivat, kan saken gjenåpnes. Begrunnelsen er at det da har kommet til *”nye omstendigheter [...] som synes egnet til å føre til frifinnelse [...]”* jfr. strpl. § 391 nr. 3.

Den 27.01.10 bestemte Gjenopptakelseskommisjonen at de skulle ta opp en sak som gjaldt straffbar befatning med GBL: *”Kommisjonen fant at vilkårene for gjenåpning etter straffeprosessloven § 391 nr. 3 var til stede. Det at Høyesterett i en senere dom hadde funnet at oppbevaring av GBL ikke var omfattet av straffeloven § 162, sammenholdt med den usikkerheten som var oppstått omkring flaskens innhold på beslagstidspunktet, var nye omstendigheter som syntes egnet til å føre til frifinnelse.”*¹⁰⁸

Det er nærliggende å tro at Rt. 2009 s.780 medfører at flere saker som gjelder straff for befatning med GBL, vil bli begjært gjenopptatt. Likedan med saker som gjelder befatning med fenazepam, jfr. HR-2010-00630-A.

¹⁰⁸ Avgjørelse av 27.01.2010 om gjenåpning av straffesak (2009 0096) www.gjenopptakelse.no 15.03.10

5.6 Alternative kontrolltiltak

Sverige har en lov som forbyr stoffer som på grunn av sine iboende egenskaper medfører fare for menneskeliv eller helse, og som benyttes eller antas å benyttes for å oppnå berusning eller annen påvirkning.¹⁰⁹ Regjeringen foreskriver hvilke stoffer loven skal få anvendelse på. Unntatt er *”varor som er narkotika enligt narkotikastrafflagen”* og *”läkemedel som är godkända”* i EU.

Varer som kontrolleres etter denne loven får ikke uten tillatelse importeres, overdras, fremstilles, erverves i hensikt å forsyne, tilbys for salg eller oppbevare, jfr. lovens § 3. Den som med vilje overtrer loven kan straffes med bøter eller fengsel inntil ett år. Loven gjør at man kan gjør det straffbart å befatte seg med et stoff som har helseskadelig virkning, uten at man straffes for narkotikaovertrødelse. På denne måten får man også overvåket stoffet for å se om det er farlig nok til å burde kontrolleres som narkotika. Kanskje er dette et alternativ til videreføring av derivatbestemmelsen, som vil fungere i norsk rett?

5.7 Egne betraktninger

Statens Legemiddelverk arbeider i skrivende stund med et endringsforslag av narkotikaforskriften. Det blir spennende å se hvorvidt det kommer et forslag som angår endring eller fjerning av derivatbestemmelsen. Det kan tenkes at de to dommene i Rt. 2009 s. 780 og HR-2010-00630-A gjør at lovgiver ser at derivatbestemmelsen ikke er egnet som straffehjemmel. Høyesterett har i disse to dommene har gjort en god jobb i forhold til å fastlegge en regel som tilfredsstiller de krav som følger av EMK artikkel 7. Selv om derivatbestemmelsen sannsynligvis tilfredsstiller kravene som følger av legalitetsprinsippet, er det likevel i denne sammenheng passende å sitere Trine Baumbach.

¹⁰⁹ Lag 1999:42 om förbud mot vissa hälsofarliga varor.

*”[...]det må antages å være i overensstemmelse med god lovgivningsskikk at formulere bestemmelser, hvis overtredelse kan belægges med straff, så præcist, som det overhovedet er mulig.”*¹¹⁰

På bakgrunn av dette sitatet mener jeg at derivatbestemmelsen i narkotikaforskriften § 2 annet ledd bør endres eller fjernes, slik at man også på narkotikaloggivningens område har straffehjemler som stemmer med det som følger av god lovgivningsskikk.

¹¹⁰ Baumbach (2009) s.167

6 Litteraturliste

LOVER OG KONVENSJONER

Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Lov om rettergang i straffesaker av 22. mai 1981(straffeprosessloven)

Lov av 19. juni 1969 nr. 53 om Norsk Lovtidend m.v.

Lov av 10. Februar 1967 nr. 00 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (Forvaltningsloven)

Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter som endret ved ellefte protokoll 11. mai 1994 med de opplistede tilleggsprotokoller (EMK)

Almindelig borgerlig Straffelov av 22.mai 1902 nr.10 (Straffeloven)

Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814 (Grunnloven)

Lag 1999:42 Om förbud mot vissa hälsofarliga varor (svensk)

Controlled Substance Analogue Enforcement Act of 1986, Title 21 of the United States Code § 812 (amerikansk)

FORSKRIFTER

Forskrift om stoffer som kan brukes ved ulovlig fremstilling av narkotika mv. av 17. februar 2006 nr 263.

Bekendtgørelse om euforiserende stoffer af 31.08.93 § 1 (dansk)

Forskrift av 8. juni 1995 nr. 521 om Delegering av myndighet til Helsedepartementet etter lov om legemidler m.v.

Forskrift av 30. juni 1978 (Narkotikaforskriften)

FORARBEIDER

Høring fra Statens legemiddelverk – oppføring av nye stoffer på narkotikalisten 04.03.10

Høring - Gjennomføring Av Forordning (Ef) Nr. 1277/2005

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff

Innstilling II fra Komitéen til revisjon av apoteklovgivningen m.v. 03.03.59

SOU 2008: 120 Bättre kontroll av missbruksmedel. En effektivare narkotika- och dopningslagstiftning m.m. (svensk)

DOMSREGISTER

Høyesterett

HR-2010-0063-A

Rt.2009 s. 789

Rt. 2008 s. 1491

Rt. 2003 s. 1722

Rt. 2002 s. 1722

Rt. 2002 s. 1303

Rt. 2002 s. 1069

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2001 s. 1303

Rt.2000 s. 646

Rt.1986 s. 849

Rt. 1984 s. 1320

Rt.1982 s. 64

Rt.1978 s. 533

Rt. 1952 s. 989

Lagmannsretten

RG. 2008 s. 483

LF-2009-94180

LF-2008-15113

LB-2007-73659

LF- 2005-9277

LB-2003-1490

LH-2000-262

Den europeiske menneskerettighets domstol i Strasbourg

Case of Streletz, Kessler and Krenz v. Germany
The European Court of Human Rights, Strasbourg
22. oktober 2001

Case of Kokkinakis v. Greece,
The European Court of Human Rights, Strasbourg
22. oktober 1996

Case of S.W. v. The United Kingdom,
The European Court of Human Rights, Strasbourg
27. oktober 1995

Case of C.R. v. The United Kingdom,
The European Court of Human Rights, Strasbourg
27. oktober 1995

Case of Silver and Others v. The United Kingdom,
The European Court of Human Rights, Strasbourg
25. mars 1983

Case of Sunday Times v. The United Kingdom,
The European Court of Human Rights, Strasbourg
26. april 1979

BØKER

Aall, Jørgen Rettergang og menneskerettigheter – Den europeiske menneskerettighetskonvensjonens artikkel 6 og norsk straffeprosess, Bergen, 1995

Andenæs Johns. Alminnelig strafferett 5.utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Rieber-Mohn
Oslo, 2004, Universitetsforlaget

Andenæs, Johns. Statsforfatningen i Norge 9. utgave ved Arne Fliflet
Oslo, 2004, Universitetsforlaget

Andenæs, Johns. Spesiell strafferett ved Kjell V. Andorsen
Oslo, 2008, Universitetsforlaget

Baumbach, Trine Det strafferetlige legalitetsprinsip - hjemmel og fortolking
2008, København, Jurist- og Økonomiforbudets Forlag

Boe, Erik Innføring i juss – juridisk tenkning og rettskildelære
1996 Oslo, Universitetsforlaget

Jacobsen, Jørn RT Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten
Bergen, 2009, Fagbokforlaget

Røstad, Helge Innkast i straffefeltet – utvalgt emner i strafferett
Oslo, 1993, Universitetsforlaget

Skjerdal, Nicolai V. Kvalitative hjemmelskrav Legalitetsprinsippet i norsk rett og lovskravet i den europeiske menneskerettighetskonvensjon med enkelte komparative linjer,

1998, Oslo, Tano Aschehoug

ARTIKLER

Hauge, Ragnar Narkotika og delegasjon av lovgivningsmyndighet,
I: Lov og Rett, 1990 s. 169

Matningsdal, Magnus Norsk lovkommentar til Strl. § 57
www.rechtsdata.no [Sisert 23.04.10]

Mostad, Arvid GHB, 2009, I: Kjemi nr. 6 s. 16

Strandbakken, Asbjørn Grunnloven § 96, 2004, I: Jussens Venner s.166

Svendsen, John Sigurd og Uggerud, Einar Juss, semantikk og kjemi, 2010,
I: Lov og Rett nr. 3 s.171

Uggerud, Einar Definisjon av derivat, I: Store norske leksikon
www.snø.no [sisert 25.04.10]

UTTALELSER, RUNDSKRIV OG BESLUTNING OM GJENÅPNING AV STRAFFESAKER

Rundskriv fra Riksadvokaten nr. 6 (1989) www.lovdato.no

Derivatregelen i forskrift om narkotika- forslag om presisering 19.03.07
(Fra Riksadvokatembetet til Justisdepartementet)

Pressemelding sendt fra Statens legemiddelverk om at GBL var omfattet av
derivatbestemmelsen 07.08.03

Brev fra Helsedirektoratet til Asker og Bærum politikammer 18.01.88

Avgjørelse av 27.01.2010 om gjenåpning av straffesak (2009 0096) – Narkotika - § 391 nr. 3 (nye omstendigheter) www.gjenopptakelse.no 15.03.10

RAPPORTER OG RETNINGSLINJER

Risk assessment of new psychoactive substances – operating guidelines march 2010

<http://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index100978EN.html>

Legal Responses to New Psychoactive Substances in Europe 2009

http://eldd.emcdda.europa.eu/attachements.cfm/att_78982_EN_ELDD%20Control%20systems%20report.pdf

EMCDDA årsrapport fra 2009, Narkotikasituasjonen i Europa

http://www.emcdda.europa.eu/attachements.cfm/att_93236_NO EMCDDA_AR2009_NO.pdf

Europarådets beslutning, Council Decision 2005/387/JHA of 10 May 2005 on the information exchange, risk-assessment and control of new psychoactive substances

<http://www.euro-lex.europa.eu>

Redegjørelse for nye stoffer i Europa

<http://www.emcdda.europa.eu/drug-situation/new-drugs> 06.04.10

KORRESPONDANSE

Sivilingeniør i kjemi ved Kripos, Tormod Bønes

Assisterende Riksadvokat, Knut H. Kallerud

Professor i rettsvitenskap, Ulf Stridbeck

Stipendiat ved Institutt for offentlig rett, Thomas Frøberg

Seniorrådgiver, Anne Borge Hellesylt ved Folkehelseavdelingen/Legemiddelseksjonen i Helse- og omsorgsdepartementet

Rådgiver Hanne Scheffer i Statens legemiddelverk

